



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Graduados

Maestría con mención en Derecho Penal



TÍTULO:

DELIMITACIÓN ENTRE EL DOLO EVENTUAL E IMPRUDENCIA

ASESOR:

Dr. FELIPE ANDRÉS VILLAVICENCIO TERREROS

Presentado por:

MARCO ANTONIO BUSTINZA SIU

Enero, 2014

Lima –Perú



A mis padres

ÍNDICE

ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	13
I.- Marco Conceptual	13
1.1.- Dolo eventual e Imprudencia.....	13
1.1.1.- Concepto de dolo e imprudencia	13
1.1.2.- Investigación conceptual y planteamiento del problema.....	13
1.1.3.- La cuestión del derecho positivo	14
1.1.4.- Límites de la Investigación	14
2.1.- Consideraciones necesarias	15
2.1.1.- Acerca del término teoría	15
2.1.2.- Acerca del uso concepto y categoría	16
2.1.3.- Relevancia práctica de la investigación e hipótesis	16
3.1.- Fines del Derecho penal.....	18
3.1.1.- Protección de bienes jurídicos	18
3.1.2.- Normas primarias y secundarias. Normas de conducta y normas de sanción.	19
3.1.3.- La relación lógica y teleológica entre las normas primarias y las normas secundarias.....	21
3.1.4.- ¿Es posible distinguir siempre la lesividad del hecho de la evitabilidad individual que condiciona el reproche del autor?	22
3.1.5.- ¿Se puede distinguir entre el contenido de una norma promulgada y las circunstancias que afectan su eficacia instrumental?.....	25
3.1.6.- ¿Se corresponde la valoración jurídica del hecho con el contenido de la norma?	25
3.1.7.- Irrelevancia del criterio del “hombre medio”	26
3.1.8.- Todos los delitos comparten la misma estructura, según la teoría de las normas.....	29
3.1.9.- No hay diferencia cualitativa entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.....	31
3.1.10.- Sumario y bases teóricas:.....	32
CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN TÉCNICO LEGISLATIVA	34
1.1.- El Proyecto de Código penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre.	34
1.2.- Contenido.....	35
2.1- El pensamiento y obra de Francisco García Calderón.....	38
3.1- La obra penal de José Silva Santisteban.....	41
4.1- Las ideas penales de Ricardo Heredia.....	44
5.1- Breves apuntes sobre la Escuela Positivista.....	46

6.1- El Código penal de 1924.....	47
7.1- El Código penal de 1991.....	49
8.1- Anteproyecto de Ley del Código penal del 2004	52
9.1.- Anteproyecto de Ley del Código penal del 2009	53
CAPÍTULO III: DOLO EVENTUAL E IMPRUDENCIA CONSCIENTE	56
EL DOLO EVENTUAL: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	56
1.1.- Introducción.....	56
1.2.- La imputación a título de dolo.	58
1.3.- La tesis de Platzgummer: la co-consciencia:	64
1.4.- Crítica a la tesis de Platzgummer	66
1.5.- Conocimiento actual y potencial.....	68
1.6.- Valoración Crítica	70
1.7.- Conocimiento del tipo objetivo	72
2.1.- Las teorías volitivas	74
2.2.- Valoración Crítica	79
2.3.- Recapitulación y valoración global.....	82
3.1.- La teoría de la aprobación o del consentimiento	85
3.1.1.- El caso de la correa de cuero	85
3.1.2.- La literatura acorde con los criterios de aprobación o consentimiento	87
3.1.3.- Valoración Crítica	88
4.1.- La tesis de Armin Kaufmann	89
4.2.- Valoración Crítica	94
5.1.- Las teorías eclécticas.....	98
5.1.1.- Introducción	98
5.1.2.- La tesis de Stratenwerth	106
5.1.3.- Valoración Crítica	109
5.1.4.- La tesis de Roxin.....	110
5.1.5.- Valoración Crítica	114
5.1.6.- A propósito de la tesis de Roxin. La relación del dolo con la teoría de la imputación objetiva.....	118
6.1- Las teorías de la representación. El primer renacimiento de la teoría de la probabilidad.	124
6.1.1.- La tesis de Mayer	124
6.1.2.- La tesis de Sauer.....	125

6.1.3.- La tesis de Welzel	126
6.1.4.- Valoración Crítica	127
7.1.- Las teorías de la posibilidad	128
7.1.1.- La tesis de Schröder	128
7.1.2.- La tesis del primer período de Schmidhäuser.....	130
7.1.3.- Valoración Crítica	131
7.1.4.- La tesis de Zielinski	131
7.1.5.- Valoración Crítica	133
8.1.- Las teorías de la representación con especial énfasis en el aspecto subjetivo	134
8.1.1.- La tesis del segundo período de Schmidhäuser	134
8.1.2.- Valoración Crítica	137
8.1.3.- La tesis de Frisch	140
8.1.4.- Valoración Crítica	148
9.1.-Las teorías del riesgo. El segundo renacimiento de la teoría de la probabilidad.	152
9.1.1.- La tesis de Herzberg como el conocimiento del peligro protegido	152
9.1.2.- Valoración Crítica	155
9.1.3.- La tesis de Jakobs: El riesgo habitual	157
9.1.4.- Valoración Crítica	161
9.1.5.- La tesis de Jakobs en el segundo período.	163
9.1.6.- Valoración Crítica	164
9.1.7.- La tesis de Puppe	165
9.1.8.- Valoración Crítica	169
9.1.8.1.- ¿Aparente circularidad en el concepto propuesto?	171
9.1.9.- La tesis de Pérez Barberá. <i>Valoración global</i>	172
10.1.- Teorías integradoras	179
10.1.1.- La tesis de Prittwitz	180
10.1.2.-La tesis de Philipps	181
10.1.3.- La tesis de Schroth	187
10.1.4.- Valoración crítica	192
11.1.- Las teorías de índole procesal.....	193
11.1.1.- La tesis de Hruschka. <i>El dolo como juicio adscriptivo</i>	193
11.1.2.- Valoración Crítica	196
11.1.3.- La tesis Hassemer. El dolo como concepto disposicional verificable mediante indicadores.	197

11.1.4.- Valoración Crítica	200
11.1.5.- La tesis de Ragués i Vallés. Reglas de atribución de conocimiento.	201
11.1.6.- Valoración Crítica	206
CAPÍTULO IV: CONCEPTO DE DOLO E IMPRUDENCIA, DELIMITACION Y APLICACIÓN AL CASO UTOPIÁ.	208
I.- Consideraciones previas.....	208
1.1.- Los delitos preterintencionales y los delitos cualificados por el resultado	208
1.2.- Breve referencia al sistema de <i>numerus clausus</i>	211
1.3.- El error sobre elementos normativos del tipo penal	214
1.3.1.- Introducción y clasificación de los elementos normativos del tipo legal	214
1.3.2.- El error de tipo y consecuencias prácticas.....	216
1.3.3.- El error de prohibición y sus consecuencias prácticas.....	217
1.3.4.-El error inverso o al revés y sus consecuencias prácticas.....	219
1.3.5.- El error sobre los elementos normativos de sentido.....	219
1.3.6.- El error sobre los elementos normativos de valor.....	220
II. Toma de posición respecto al concepto de dolo	221
1.1.- Breve referencia a las distinciones de definiciones desde el punto de vista semiótico	221
1.2.- El concepto de dolo desde un punto de vista sintáctico.	222
1.3.- El concepto de dolo desde el punto de vista semántico.....	223
1.3.1.- ¿Qué debe entenderse por dolo e imprudencia?	224
1.3.2.- Distinciones entre conocimiento, creencias y representaciones	225
1.3.3.- La corrección axiológica de las definiciones	226
1.3.4.- Elucidación de los términos de las definiciones.....	227
2.1.-La viabilidad de un método operacional para los conceptos disposicionales.	233
2.2.- El método operacional de Pérez Barberá, su denominado “metaconcepto de dolo” ..	238
2.3.- La probabilidad.....	240
2.3.1.- El concepto objetivo, el concepto subjetivo y el concepto lógico de probabilidad	241
2.3.2.- La relación entre antecedente y consecuente en un enunciado de probabilidad en sentido lógico	242
3.1.- El denominado “Caso Utopía”	243
3.1.1.- Descripción de los hechos.....	243
3.1.2.- Incumplimiento de medidas de seguridad contra incendios.....	247

3.1.3.- Análisis y Valoración Crítica de la Sentencia de la Primera Sala Penal Superior para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veinticuatro de noviembre del 2004	247
3.1.3.1.- Valoración Crítica:	257
3.1.4.- Análisis y Comentario de la Sentencia del 49° Juzgado penal de la Corte Superior de Lima, de fecha 27 de abril del 2006	261
3.1.4.1.- Valoración Crítica:	263
3.1.5.- Análisis y Valoración Crítica de la Sentencia del 21 de noviembre del 2006, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.....	265
3.1.5.1.- Valoración Crítica:	267
3.1.6.- Análisis y Valoración Crítica de la Resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que resuelve el Recurso de Nulidad N° 2167-2008, de fecha diez de diciembre del 2010	272
3.1.6.1.- Valoración Crítica	277
3.1.7.- Análisis y Valoración Crítica de la Sentencia del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima	278
3.1.7.1.- Valoración Crítica:	285
3.1.8.- Análisis y Valoración Crítica de la Sentencia recaída sobre el proceso de amparo N°1237-2013, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 2 de julio del 2013.....	290
3.1.8.1.- Valoración Crítica:	292
3.1.9.- Nuestra posición	294
Conclusiones	296
BIBLIOGRAFÍA.....	299

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid (cit. por año)
BGHSt	Sala Penal del Tribunal Supremo Alemán
CP	Código penal vigente de 1991
cit.	citado/a
Cf.	Confrontar/ confróntese
ed.	Edición.
esp.	especialmente
FG.	<i>Fetsgabe</i> (homenaje)
FS.	<i>Fetschrift</i> (Libro homenaje)
infra.	más abajo.
i.e.	<i>id est</i> (esto es)
JuS	<i>Juristische Rundschau</i> (revista alemana especializada en ciencias penales)
Lh	Libro homenaje
Lh-Rodríguez Mourullo	Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson- Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005.
Lh-Cerezo Mir	La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002.
n°	número
n°.m.	número marginal
p./pp.	página/ páginas
passim.	en todas partes
op.cit.	obra citada
PE	Parte especial
PG	Parte general
p.ej.	por ejemplo
s./ss.	siguiente/siguientes
s.c.	sin ciudad.
s.e.	sin editorial
s.f.	sin fecha
s.m.d.	sin más datos

StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal alemán)
supra	más arriba.
trad.	traducción de/traducido por
TS	Tribunal Supremo español
Vid.	Véase
v.gr.	<i>verbi gratia</i>
vol.	Volumen.



INTRODUCCIÓN

1. Como objeto del presente trabajo de investigación se establece el esclarecimiento de los conceptos de dolo e imprudencia, para poder delimitar que es una acción dolosa y que es una acción imprudente.
2. Debido a la profusión de términos que han sido utilizados para la definición del dolo, la investigación es de carácter conceptual, es decir, trasciende nuestro ordenamiento positivo, puesto que, según se desprende de los artículos 11°, 12° y 14° de nuestro Código penal (que tiene como una de sus fuentes modélicas al Código penal alemán de 1975) el legislador ha optado por no definir lo que ha de entenderse por dolo y por imprudencia dejando esta labor a la doctrina y a la jurisprudencia. Sin embargo debemos señalar que esta opción del legislador ha generado incongruencias a nivel jurisprudencial, en vista que se recurren a una diversidad de criterios para la delimitación de los comportamientos dolosos e imprudentes, basados unos fallos, en darles mayor preponderancia al elemento intelectual y en otros al elemento volitivo, bajo las fórmulas propias de la teoría de la aprobación o del consentimiento. En el panorama de la doctrina nacional tampoco ha habido un desarrollo considerable sobre la cuestión. Los trabajos que hemos podido hallar tratan el problema de delimitación entre ambas categorías de manera indirecta a través de trabajos sobre la teoría del error, o sobre la imprudencia en donde si hay trabajos doctrinarios muy bien documentados y su elaboración conceptual es suficiente.
3. Por esta razón nuestro problema principal que es nuestra hipótesis inicial, es la siguiente: debido a que: *“la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia ha devenido en un problema debido a que las diferentes teorías que han tratado de conceptualizar ambas categorías las han identificado con datos físicos, psíquicos y empíricos, lo cual no ha hecho posible una distinción clara a nivel conceptual; y ello ha repercutido directamente sobre la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia”*¹; por eso nuestra doctrina, como otras que son tributarias de la doctrina alemana no se ha podido definir siquiera con meridiana

¹Baste leer, el “consenso divergente” del que habla Ragués i Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 83 y ss.

claridad lo que es dolo y lo que es imprudencia. Como hemos advertido en el punto anterior esto ha llevado a que nuestras Salas y Juzgados administren justicia aplicando todos los criterios que han sido esbozados en la doctrina penal alemana y española, o incluso teniendo en consideración jurisprudencia paradigmática, como el caso del aceite de la colza (que en algunos Códigos penales de ediciones recientes aparece como jurisprudencia aclarativa del artículo 12°). Debemos advertir entonces que el problema no es particular sino que es de índole general y afecta a todos los sistemas penales de nuestro orbe.

4. Por lo tanto, la tarea principal ha consistido en la búsqueda de una definición que no privilegie, datos psíquicos, vinculados con el conocimiento y la voluntad, y que nos permita definir al dolo (dolo eventual) e imprudencia (consciente) de acuerdo a criterios normativos, cabe señalar que como definición está siempre contendrá un riesgo marginal de imprecisión, pero consideramos que la definición o reconstrucción conceptual de ambas categorías es coherente con nuestros puntos de partida, dejando atrás el paradigma psicologizante, y la excesiva preponderancia del peligro (teorías del riesgo) como objeto del dolo e imprudencia, en nuestro trabajo de investigación el peligro inherente a la acción generada por el sujeto actuante, es un dato físico que podrá ser o no relevante si es que este es idóneo para influir en el resultado típico. La base empírica conforma nuestros conceptos esgrimidos, y estos son evaluados a través de un “método operacional” que es el usado implícitamente por nuestros Juzgados y Salas.
5. Respecto al método utilizado en el trabajo de investigación, es el método propio de las investigaciones conceptuales, primero se han conformado los presupuestos para la configuración de los conceptos, luego se ha hecho un análisis histórico en nuestra doctrina nacional sobre la evolución técnico legislativa de las categorías objeto de investigación. Tratándose de una investigación conceptual, se han expuesto los conceptos de las diversas teorías con acervo crítico, basados en nuestra concepción propia; finalmente se ha desarrollado en la última parte de nuestra posición personal y para que estas reflexiones no caigan en “vacío” se ha analizado la tragedia de Utopía. Sin pretensiones de originalidad, se ha tratado de brindar una solución al problema

de delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, a través de la reconstrucción del concepto de dolo e imprudencia, que ya se encontraban implícitamente definidos en las diversas teorías sometidas a análisis.

6. En cuanto al contenido del presente trabajo de investigación en el primer capítulo se desarrolla el marco teórico donde se delimita la investigación e identificamos el problema, también se hace un análisis de la teoría de las normas compuestas por las normas directivas de conducta o normas de comportamiento y su relación con las normas de sanción. En el segundo capítulo, sin ánimo de exhaustividad, se hace una descripción de los penalistas ilustrados hasta nuestra Escuela Positivista, luego se analiza la técnica legislativa en los Códigos de 1924, 1991, el Anteproyecto del Código penal de 2004, y el Anteproyecto de 2009, sobre dolo, imprudencia, error de tipo, error de prohibición, y la nueva configuración pretendida por el Anteproyectos de Códigos penales del 2004 y 2009 respectivamente, sobre el principio de lesividad.
7. El tercer capítulo analiza el estado de la cuestión de orden conceptual respecto al objeto de la investigación, cada teoría, tiene diversos autores, sus tesis son valoradas críticamente según nuestros puntos de partida. En este capítulo se ha hecho una elección un tanto arbitraria de los autores y teorías que consideramos más relevantes.
8. Producto del análisis anterior, en el capítulo IV, comienza tratando temas tangenciales a nuestro objeto de investigación para luego tomar postura y elaborar un concepto de dolo e imprudencia que ha de ser contrastado por un método operacional. Finalmente se trata el caso “Utopía”; haciendo un análisis de los términos usados en las diferentes resoluciones para referirse al dolo e imprudencia, con su respectiva valoración crítica, para luego resolver el caso de acuerdo a nuestra toma de postura.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

I.- Marco Conceptual

1.1.- Dolo eventual e Imprudencia

1.1.1.- Concepto de dolo e imprudencia

En el presente trabajo de investigación el dolo al igual que la imprudencia no tienen una relación de identidad con el conocimiento y la voluntad. Lo cual no quiere decir, que el conocimiento y la voluntad, en tanto datos empíricos, dejan de tener relevancia para la conformación de supuestos de hecho individuales que realicen dolo o imprudencia. Sin embargo, en lo que respecta a la configuración de sus conceptos, su aporte es mínimo.

El problema radica que la teoría no ha podido darle claridad al concepto de dolo que se lleva a cabo en la en la práctica. Lo que se acaba de señalar hace necesaria una investigación de carácter conceptual, donde se abordarán los problemas de qué ha de entenderse por dolo eventual, como forma básica de dolo, y la delimitación con la imprudencia; teniendo en cuenta los datos empíricos, que asimismo ayudan a conformar el concepto de dolo e imprudencia.

1.1.2.- Investigación conceptual y planteamiento del problema

Se trata de una investigación conceptual porque a través de las distintas teorías que se han propuesto para explicar el dolo se ha desarrollado por los diversos autores, conceptos, acerca de lo que debería entenderse por dolo y cuál sería su delimitación con la imprudencia.

Por esta razón el presente trabajo de investigación tiene ése carácter, el de ser una investigación conceptual, para después de analizadas, las principales teorías, tomar una postura respecto al problema.

Así pues podemos advertir que el problema principal en el presente trabajo de investigación es el siguiente: *“La delimitación entre el dolo eventual e imprudencia ha*

devenido en un problema debido a que las diferentes teorías que han tratado de conceptualizar ambas categorías las han identificado con datos físicos, psíquicos y empíricos, lo cual no ha hecho posible una distinción clara a nivel conceptual; y ello ha repercutido directamente sobre la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia”².

1.1.3.- La cuestión del derecho positivo

La doctrina alemana menciona expresamente el art.16 de su derecho positivo³, como un punto de partida, donde el dolo se identifica con el conocimiento. Lo cual no resulta convincente, pues si se hace una interpretación literal del dispositivo legal, lo único que dice es que una persona actúa sin dolo, si no conoce una circunstancia alguna circunstancia típica. Pero esa limitación de carácter legal, no impide que la doctrina caracterice a ese estado mental como “conocimiento” o como “representación”.

En cuanto al Perú, el derecho penal positivo vigente no constituye impedimento alguno para la explicación del dolo como un concepto normativo, que no se identifique necesariamente con el “conocimiento” o la “voluntad”. Así por ejemplo, el artículo 14° del Código penal, sólo menciona un “error” sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, es algo que sabremos no porque lo diga la ley, sino antes bien por el desarrollo dogmático y jurisprudencial. Así se puede observar que en nuestro ordenamiento no es necesario ponernos en la dicotomía: conocimiento/desconocimiento.

Tampoco el artículo 12° del mismo cuerpo normativo propone un determinado concepto de dolo; sin embargo señala la exigencia de dolo para la imposición de pena. Con lo cual es posible hacer una interpretación de carácter normativo-valorativa de los artículos 11 °, 12 ° y 14 ° de nuestro sistema positivo congruentes con las exigencias político criminal de nuestro Estado de Derecho.

1.1.4.- Límites de la Investigación

²Baste leer, el “consenso divergente” del que habla Ragués i Vallés, El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 83 y ss.

³Error sobre circunstancias del hecho: 1) No actúa dolosamente quien, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que integra el tipo legal. Ello no afecta la punibilidad del tipo imprudente.

El presente trabajo de investigación se limitará a hacer una investigación conceptual de lo que la doctrina viene entendiendo como “dolo eventual”, una vez encontrado el concepto idóneo para el dolo, se elaborará un concepto que permita diferenciar al dolo con la imprudencia, en términos generales, y específicamente con la imprudencia consciente.

Por exceder el marco conceptual del trabajo de investigación, no se tratarán, ni la teoría del error, ni la tentativa, ni el tipo imprudente de forma independiente.

Las consecuencias prácticas de nuestra toma de postura, donde no existen pretensiones de originalidad, se aplicarán a un caso tratado por nuestra jurisprudencia como el Caso de la discoteca Utopía, a tratarse en el último capítulo, evitando tratar supuestos de casos, creados o inventados por el propio autor, ya que estos podrían conducir a conclusiones erróneas respecto del concepto de dolo que se utilice.

2.1.- Consideraciones necesarias

2.1.1.- Acerca del término teoría

En las distintas propuestas conceptuales, desarrolladas respecto del dolo, tanto los autores como sus comentaristas utilizan de manera indistinta, este término, así tenemos una profusión de ellas: “teoría de la voluntad”, “teoría de la representación”, “teoría de la probabilidad”, “teoría de la posibilidad”, “teoría de la voluntad de evitación”, “teoría de tomar en serio el peligro representado”, etcétera. Entendemos que este uso es correcto, pues una teoría es un constructo científico, que consiste en un sistema de afirmaciones que explica que un determinado y las entidades presentes en él. En este sentido teoría es una hipótesis explicativa, conformada casi siempre por un “sistema de varios enunciados vinculados entre sí”, a diferencia de una ley natural, que se formula mediante un único enunciado. La misma teoría establece conexiones explicativas entre sus postulados⁴.

⁴Esta definición, basada en la filosofía de la ciencia es aceptable. Cf. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.65.

En la dogmática del dolo, que a su vez constituye una metateoría, que a su vez se encuentra en un marco más omnicomprendivo como la metateoría del delito. Por lo tanto, es correcto el uso que se hace del término teoría, a través de la cual se ha intentado explicar el concepto de dolo eventual y que cumple con el contenido arriba establecido.

2.1.2.- Acerca del uso concepto y categoría

En nuestra disciplina se usa indistintamente, “categoría del riesgo permitido” como “concepto de riesgo permitido”, ya que por lo general no se habla de “concepto de riesgo” y “categoría de riesgo”, si el término a emplearse tiene un solo objeto se usará el término concepto, si por el contrario, el número de objetos subsumidos es mayor, se puede usar indistintamente el término categoría⁵.

2.1.3.- Relevancia práctica de la investigación e hipótesis

No solo porque se considere que la cuestión del concepto de dolo y su delimitación con la imprudencia constituya uno de los problemas más difíciles y discutidos del derecho penal⁶, sino también porque nuestros tribunales, en la resolución de casos concretos, no manejan un concepto de dolo unívoco y coherente con los postulados de las teorías que suelen usar, y ello puede ser fuente de arbitrariedades. Pues si se sostiene que dolo es conocimiento de las circunstancias que integran el tipo objetivo más voluntad de realización, surgen de inmediato las siguientes preguntas: ¿Por qué se califica como dolosa una conducta en la que el autor no tuvo la voluntad de realizar el tipo (casos de dolo eventual? Si, por otra parte se sostiene que dolo es simple conocimiento del síndrome de riesgo propio de una conducta típica, entonces ¿Por qué se califica como imprudente una conducta en la que el autor, tuvo conocimiento de ése síndrome de riesgo (casos de imprudencia consciente)?

De estas interrogantes, surgen respuestas insatisfactorias, así por ejemplo, si no ha habido voluntad, entonces no puede verificarse la presencia de dolo. Entonces, se consideraría a todos los casos de dolo eventual, como casos de imprudencia. Por otro

⁵Cf. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.68.

⁶ WELZEL, PG, p.83., ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, PG, p.523.

lado, si se verificó el conocimiento de las circunstancias que integran el tipo objetivo, entonces se verifica la presencia de dolo, entonces, los casos de imprudencia consciente, son casos de dolo.

Está claro que ningún autor, ni tribunal, estaría dispuesto a tomar estas conclusiones como ciertas. Por este motivo en la doctrina actual se ha optado por caracterizar el conocimiento con otros criterios, como el conocimiento del sujeto del peligro inherente a la acción, y ha preferido eliminar la relevancia de la voluntad.

El conocido problema de distinción entre dolo e imprudencia, será un problema de índole conceptual, sólo si viene condicionado, no por alguna falta de precisión en la descripción de casos individuales, sino por la comprensión cabal de los conceptos a aplicar en las constelaciones de casos limítrofes.

Sólo por acudir al ejemplo más drástico, la tragedia de la “Discoteca Utopía” del 20 de julio del 2002, ha golpeado de manera irreversible a varias generaciones de afectados directos y a la sociedad en su conjunto. ¿Y cómo correspondería resolver jurídico penalmente a un caso como éste? ¿Dolo eventual o imprudencia? Es de esperar que la presente investigación pueda brindar una solución coherente sobre el particular.

Por ello nuestra hipótesis de investigación queda configurada de la siguiente manera: *“En nuestro sistema penal, la práctica jurisdiccional y la doctrina nacional no han definido o conceptualizado lo que se debe entender por dolo (dolo eventual) e imprudencia (imprudencia consciente), situación que viene generando una afectación a los intereses y fines del Derecho penal”*. Entendiéndose por fines de derecho penal la protección de bienes jurídicos cuyo aseguramiento se da a través de un conjunto de normas que conforman nuestro sistema penal⁷. Y por sistema penal, aquél que está configurado por un conjunto de normas directivas de conducta (normas primarias) y por

⁷ En el presente trabajo de investigación se obvia toda discusión acerca del fin (o fines) de la pena, pues él (o ellos) han de constituir una inferencia más de los puntos de partida que se desarrollen acerca del fin de derecho penal. Esa inferencia acerca de los fines de la pena, sin embargo, excede por completo el marco teórico de la presente investigación. En este lugar sólo cabe acotar que un desarrollo coherente dentro de nuestro marco teórico tendría que conducirnos a aceptar como fin de la pena la prevención general negativa en el sentido que lo plantea Ferrajoli. Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Segunda edición, Trotta, Madrid, 1997, p.336.

normas de sanción (normas secundarias)⁸, las cuales a su vez se circunscriben a la aplicación y eficacia de los principios de legalidad estricta, de lesividad, de proporcionalidad mínima, de trascendencia mínima, de buena fe (*pro homine*), y de culpabilidad⁹. La aplicación y eficacia de estos principios determinará si nuestro sistema penal es de última ratio o no.

3.1.- Fines del Derecho penal

3.1.1.- Protección de bienes jurídicos

Es una opinión mayoritaria que el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos¹⁰, incluso, que la protección de bienes jurídicos explica por qué una norma sanciona. De allí que se configure la infracción de deber como concreción de una norma de conducta¹¹. La infracción de deber, no es un elemento que diferencie al injusto imprudente del injusto doloso, sino que caracteriza a ambos. El incumplimiento de un deber no es un criterio especial del hecho imprudente sino un criterio general del hecho antijurídico¹², con lo cual a partir del fin de protección de bienes jurídicos, se puede inferir que el dolo y la imprudencia comparten la misma estructura.

Es necesario anotar que un sector de la doctrina¹³, afirma que la protección de bienes jurídicos, no es un fin en sí mismo, pues el ordenamiento jurídico penal, permite que en casos excepcionales se vulneren unos bienes jurídicos en pro de la protección de otros, valorados por el sistema penal, como más importantes, creemos que se trata del caso de normas permisivas, en cuyo caso se permite lesionar bienes jurídicos de menor entidad, favoreciendo la indemnidad de otros.

⁸Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 311 y ss.

⁹ Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, 3ra. reimpresión., Grijley, Lima, 2009, pp.89 y ss. Cf. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, PG, Segunda edición, Temis-Ediar, Buenos Aires, 2002, pp.110 y ss.

¹⁰ROXIN, PG, pp. 49-67.

¹¹FEIJÓO, Bernardo, *El dolo eventual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 16-18.

¹²MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp.737-746.

¹³PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, pp.89-91.

Sin embargo, creemos que fijar la atención primordialmente en los bienes jurídicos, no ayuda a determinar, que es lo jurídico penalmente indisponible, y qué es aquello que merece protección penal¹⁴.

3.1.2.- Normas primarias y secundarias. Normas de conducta y normas de sanción¹⁵.

Los instrumentos de nuestro sistema penal son sus normas de conducta, por lo que la respuesta frente a una eventual infracción de una norma, sólo puede hacerse a través de normas que impongan, a otros sujetos, la obligación de reaccionar frente al incumplimiento. Estas normas comparadas con las primeras son de nivel inferior, pero no se distinguen estructuralmente de las otras, porque van dirigidas a un grupo de destinatarios, en este caso a los órganos de justicia. Su única peculiaridad es que su condición de aplicación es precisamente la infracción de una norma inferior. Por esta razón, generalmente se le denominan de “normas secundarias” o “normas de sanción”. Las normas que les brindan apoyo son las denominadas “normas primarias” o “normas de conducta”.

En relación con la clasificación anotada, es importante destacar tres puntos: primero, aunque son normas distintas no tienen diferente estructura; segundo, que las normas de ambos tipos forman parte del ordenamiento jurídico, el cual no puede reducirse a una de las dos categorías, ni tampoco a una única teoría compleja que resultaría de unir ambas normas en una unidad superior; tercero, que los conceptos de “primaria” y “secundaria” implican una relación entre normas y además de una relación específica (lógica y teleológica), y que por ello no se trata de una clasificación necesariamente equivalente a la que distingue entre normas de comportamiento y normas de sanción.

Por lo tanto, la norma de sanción al ciudadano, es a la vez una norma de comportamiento para el juez, le indica que debe hacer si el ciudadano infringe la norma primaria. Pudiéndose explicar con el esquema siguiente¹⁶:

N (1)- Prohíbe a P realizar X.

¹⁴PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, p. 91.

¹⁵MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito*...pp.640 y ss.

¹⁶MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito*...p.643., nota 15.

N (2)- Impone a J1 (juez) sancionar a P si viola N (1).

N (3)- Impone a J2 (juez) sancionar a J1 si viola N (2).

N (4)- Impone a J3 (juez) sancionar a J2 si viola N (3).

N (n)- Impone Jn-1 (juez) sancionar a Jn-2 si viola N (n-1)

N (1) y N (2), son normas que se expresan a través de un mismo enunciado típico de la parte especial, robo, hurto. A partir de N (3) hasta N(n) son todas normas de sanción del incumplimiento de otra norma de sanción de menor nivel, y todas ellas se podrían expresar bajo el tipo de prevaricación, previsto en el artículo 418° de nuestro Código penal.

Ergo, el ordenamiento se estructura como una “cadena normativa” de normas de comportamiento en la que cada escalón está asegurado por la existencia de un escalón superior. No se debe entender la “cadena normativa” como una de dos eslabones, aunque la denominación primaria-secundaria, así parece sugerirlo, ya que el incumplimiento de la norma secundaria acarrea normalmente una sanción impuesta por una norma terciaria y así sucesivamente.

Todo ello, sin embargo es fácilmente comprensible si se acepta que en realidad la ley penal encierra dos normas distintas, distintos destinatarios, distinto contenido, distinta condición de cumplimiento, aunque relacionadas entre sí porque la infracción de una de ellas, la primaria, sería condición de la aplicación de la otra, secundaria. La primera no tendría un precepto y una sanción, sino un precepto, por ejemplo, “¡está prohibido matar!”, apoyado por la presencia de la posible sanción, debido a la existencia de una norma secundaria dirigida al juez para que sancione el incumplimiento de la primaria. La norma secundaria dirigida al juez tendría a su vez un precepto: “¡si alguien mata, júzgale e impónle una sanción!, apoyada a su vez por la presencia de una posible sanción, debido a la presencia de una norma terciaria que sanciona la prevaricación. En resumen, una cadena normativa en el sentido antes expuesto.

Con ello, se llegaría a hablar de una relación normativa completa entre emisor y posibles destinatarios, arribando a la conclusión de haber llegado a un *nivel de evaluación jurídica del hecho que puede actuar como regla intersubjetiva*¹⁷.

¹⁷MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito...*p.631.

La evaluación jurídica del hecho de una persona no sólo tiene importancia desde la perspectiva de lo que podemos esperar de ella. Si este fuera el único criterio no habría razón alguna para contar con un concepto de infracción del deber que no fuera propio de la norma-comunicación. Ante la eventual presencia de terceros que pueden verse lesionados en sus bienes y a los que se les atribuye el derecho de defensa, o que puedan intervenir en hechos ajenos, o que simplemente tienen determinadas obligaciones de responder frente a hechos que resultan lesivos, obliga a establecer un nivel de valoración jurídica del hecho que tenga ante todo en cuenta su lesividad desde la perspectiva de los bienes jurídicos. Y este nivel se ha situado en la infracción de una norma entendida en un sentido restringido como norma promulgada, de la que ya se derivarían normas deberes jurídicos con independencia de que se cumplan los requisitos subjetivos que exige una relación normativa completa. La norma sólo por hecho de haberse promulgado, reflejaría la valoración jurídica del hecho con efectos generales, y por lo tanto con un alcance intersubjetivo.

3.1.3.- La relación lógica y teleológica entre las normas primarias y las normas secundarias¹⁸

Se trata de una relación lógica, en cuanto una norma X es secundaria de otra Y cuando la condición de aplicación de X es la infracción de Y. Desde un punto de vista de técnica legislativa es suficiente con utilizar una única expresión (concretamente la de la norma secundaria) para emitir ambas normas. Al describir en la norma secundaria su condición de aplicación se está a la vez describiendo una norma primaria, deduciéndose del contexto del operador deóntico que indica el sentido prescriptivo de ésta. De la norma de sanción dirigida al juez para que imponga una pena a quien mate a otro se deduce la existencia de una norma previa que prohíbe a cualquiera matar¹⁹.

Por ello, la vinculación entre norma primaria y secundaria no es una relación cualquiera, sino una relación particularmente estrecha, precisamente esta cualidad de la relación entre ambas es lo que ha propiciado que se entienda a ambas normas como una sola norma compleja. Son dos normas dirigidas a una misma finalidad: evitar que se de

¹⁸Cf. La parte especial de nuestro Código penal.

¹⁹SILVA SÁNCHEZ, *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 324 y ss.

determinados estados de cosas que el ordenamiento jurídico considera indeseables o sea disvaliosos.

Las normas secundarias tienen por objeto, la creación de un contexto coactivo, de allí la relación teleológica entre ambas, que pueda complementar o suplir a la autoridad, y ello además marca el enlace pragmático entre ambas normas.

En síntesis, no toda norma de sanción es una norma secundaria. Sólo lo es si su condición de aplicación es la infracción de una norma primaria entendida en un sentido completo, como norma que impone un deber jurídico habiéndose establecido una relación normativa completa, y no cualquier otro hecho jurídicamente desvalorado. Sólo en un sistema penal en que se rija sin excepciones el principio de culpabilidad para la aplicación de sanciones se puede afirmar que las normas de sanción son siempre normas secundarias.

Y es más solo conductas dolosas o imprudentes pueden constituir el objeto de una norma primaria jurídico-penalmente concebida como imperativo²⁰, o directivo de conducta²¹.

3.1.4.- ¿Es posible distinguir siempre la lesividad del hecho de la evitabilidad individual que condiciona el reproche del autor?

Como hemos podido apreciar esta distinción no siempre es posible. Si al lesividad se interpreta como el efecto negativo real de un acontecimiento (acción o mero hecho natural, de allí el problema que se ha planteado en la doctrina sobre los cursos causales hipotéticos, o la categoría del riesgo permitido como criterio variable) sobre concretos objetos materiales a los que se les atribuye un valor, entonces resulta obvio que pueden distinguirse las circunstancias de toda índole que aluden a la relación causal entre dicho acontecimiento y el resultado disvalioso de aquéllas que permiten imputar un hecho a un sujeto de forma plena la responsabilidad por ese hecho.

²⁰SILVA SÁNCHEZ, *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo...*p.335.

²¹MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito...*pp. 612 y ss.

Si tratamos de evaluar una acción por sus efectos lesivos sobre un objeto material valioso, resulta imprescindible y lógico distinguir entre las circunstancias objetivas relacionadas al eventual daño al objeto (por ejemplo, una obra de arte) y las circunstancias subjetivas que condicionan la reprochabilidad del autor, si éste sabía que estaba dañando la cosa (obra de arte), que estaba prohibido dañarla; si era el sujeto responsable de sus actos.

Pero si se trata de probar la obediencia de la persona y para ello se le dirige un mandato arbitrario, pero que sirve para demostrar el grado de fidelidad del destinatario, entonces las circunstancias de la imputación son parte consustancial de la lesividad del hecho. Pasan a ser el verdadero núcleo de la lesividad, es suficiente que se cumpla con la orden para que el hecho sea correcto, y, viceversa, es suficiente también con intentar infringirla para que el hecho sea lesivo. La orden constituye en este sistema una vía indirecta para probar la fidelidad del destinatario. El cumplimiento o incumplimiento de su contenido es irrelevante.

Un sector de la teoría jurídica considera que estos casos son excepcionales, y que nunca un sistema jurídico podría basarse en normas que sólo busquen la obediencia de sus destinatarios²². Pero creemos que la discusión es distinta, no es si tiene sentido que una norma sea pensada y sólo determinada para la obediencia de los ciudadanos, sino si los elementos subjetivos implicados en la imputación del hecho lesivo a su autor no pueden constituir un objeto de valoración propio que se sume, o incluso sustituya, al del hecho lesivo, condicionando entonces la propia distinción entre lesividad y reproche.

Esta idea está tácitamente reconocida en todos los sistemas de exposición de delito. Si en el derecho penal, el tipo objetivo, aparte de cumplir con una función de comunicación²³, representa la lesividad de la acción para el bien jurídico protegido, pero a la vez se admite, que el error invencible excluye también la tipicidad del hecho²⁴, de la

²²Citando a MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, pp.104 y ss., MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema de delito...*p.677., nota 76.

²³PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.119-129.

²⁴**Error de tipo y error de prohibición.-Artículo 14.-** El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.El

misma manera que lo haría la ausencia del tipo objetivo, ello en razón, porque se estima que en la lesividad global del hecho, un elemento a valorar es el conocimiento real o debido de la lesividad objetiva.

Hay además algunas construcciones doctrinales en las que los elementos subjetivos propios de la imputación llegan a sustituir a los objetivos de la determinación del injusto, si este se entiende como presupuesto de la aplicación de la pena.

Desde la teoría de la pena, y rompiendo la relación entre presupuesto de aplicación de la norma secundaria (hecho antijurídico) y hecho contrario a la norma primaria, se llega a la fusión de la culpabilidad en el injusto, si el centro de atención de la lesividad no se pone en él efecto que este tiene sobre los bienes jurídicos, sino en lo que significa para la vigencia general de una norma de comportamiento. En este sistema, la antijuridicidad no sería la lesión de una norma primaria, ya que es lógicamente imposible que la norma tenga como contenido mantener su propia vigencia, sino realizar un hecho que cuestione su vigencia como modelo general de acción y justifique la imposición de una pena como una forma de reafirmar el ordenamiento jurídico. Como la vigencia de una norma sólo se pone en cuestión por quien actúa de manera culpable contra ella, ha de acabar reconociéndose que sólo el verdadero injusto para el derecho penal es el injusto culpable²⁵.

Otro tanto sucede cuando el presupuesto de aplicación de la sanción se cifra, no en la peligrosidad futura del autor, ni en la reafirmación de la norma, ni desde luego en la posible lesión de bienes jurídicos, sino en la quiebra de la fidelidad al Estado demostrada por su conducta, como en algunas construcciones del derecho penal nacionalsocialista²⁶. La lesividad así entendida presupone la culpabilidad del autor.

Por lo tanto, las circunstancias que determinen la lesividad del hecho, son a la vez circunstancias que determinan la imputación del autor.

error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

²⁵JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, pp.121 y ss., En *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997

²⁶MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema de delito...*p.679., nota 85.

3.1.5.- ¿Se puede distinguir entre el contenido de una norma promulgada y las circunstancias que afectan su eficacia instrumental?

Una respuesta general, y desde luego en un contexto ideal permitiría la posibilidad de distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad al menos en su aspecto formal, siempre y cuando el legislador definiese perfectamente entre normas de comportamiento y les diera el alcance que el pareciera adecuado atendiendo a la lesividad del hecho. Pero cuando en un ordenamiento jurídico no se regulan directamente las normas de comportamiento, sino que han de deducirse a partir de las de sanción, no tenemos referencia alguna en el propio texto legal para determinar qué pertenece al contenido de la norma de comportamiento, y que no es más que un presupuesto de aplicación una norma de sanción. El dolo puede ser un elemento de la prohibición, pero también puede ser sólo una condición de la aplicación de pena. Y lo mismo sucede con otros elementos subjetivos, e incluso objetivos, como el resultado. ¿Qué nos dice que el resultado pertenece al injusto?; ¿y la ubicación del dolo?; ¿y la propia acción?

La única solución a este problema es la que ha seguido la doctrina penal, elaborar tomando como base las disposiciones legales, un sistema conceptual que permita sistematizar en diferentes categorías todas las circunstancias presentes en la responsabilidad penal.

3.1.6.- ¿Se corresponde la valoración jurídica del hecho con el contenido de la norma?

Sólo en condiciones ideales se podría afirmar tal correspondencia. Una norma “ideal” en cuanto al contenido es aquella cuyo contenido se corresponde con lo que el legislador quiere lograr, de manera que el cumplimiento de la norma produce siempre el estado de cosas deseado o evita el indeseado. Si además la norma ideal se mite en circunstancias tales que se cumplen todos los requisitos de la relación normativa, entonces se dan las condiciones de un sistema ideal en el que sólo puede haber una valoración jurídica del hecho y que esta además coincide con el contenido de la norma.

La realidad, se aparta bastante de este modelo. La norma opera a través de personas con conocimientos y capacidades limitadas, a las que debe adaptarse si quiere servir como verdadera guía de acción. Ello hace que un hecho pueda ser visto como correcto desde una perspectiva e incorrecto desde otra. Por lo tanto, no es posible, ni tiene ningún sentido fijar una norma única con validez general. La norma puede reflejar la conducta deseable para un sujeto que reúna determinadas características o que se encuentre en determinadas situaciones, pero que no pueda proyectarse sobre situaciones subjetivas distintas. Tiene todo sentido, una norma que prohíba a quien carezca por completo de conocimientos médicos suministrar a cualquier tercero cualquier medicina del botiquín, incluso aquellas que para el experto resulten inocuas o apropiadas, y, sin embargo esta norma no tendría sentido para el médico.

El grado de relativización puesto en el ejemplo anterior es admitido por la doctrina al determinar el juicio de peligro de en la imputación objetiva según los conocimientos de un hombre medio del círculo del autor, pero, como hemos visto, no hay ninguna razón convincente para no individualizar más la norma atendiendo a las concretas circunstancias subjetivas del destinatario.

Con lo antes descrito, la cuestión relativa a la relación entre el contenido de las normas y valoración jurídica, no se produce sólo en la norma de conducta del sujeto actuante, sino también que se aplican a terceros y que contienen como condición la aplicación la actividad desvalorada por el sujeto, se trata, en buena cuenta de delimitar el contenido de las normas de comportamiento y que circunstancias forman parte del contenido de las mismas²⁷.

3.1.7.- Irrelevancia del criterio del “hombre medio”²⁸.

La fórmula del “hombre medio” o del “espectador objetivo” se formuló para buscar restricciones de la causalidad a la imputación de resultados. Dichas restricciones operaron desde un principio con la idea de adaptar el contenido de la prohibición a la capacidad predictiva del hombre, y por eso la peligrosidad *ex ante* de la acción se convirtió en el centro de la mayor de las propuestas. Como ya hemos visto, primero a

²⁷MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema de delito...*pp.666 y ss.

²⁸MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema de delito...*pp.717 y ss.

través de la teoría de la causalidad adecuada y después a través de la teoría de la relevancia y de la imputación objetiva, se ha impuesto de forma dominante que la idea de que antes de examinar la culpabilidad del autor, para poder imputar un resultado lesivo a la acción de una persona es necesario que al momento de llevarse a cabo la acción esta apareciese como un comportamiento peligroso, jurídicamente desaprobado, es decir que supere el riesgo permitido, y por último tenga su concreción en el resultado típico.

La inutilidad de este criterio radica en que por su propia definición el destinatario de la norma que sabe de la prohibición no tiene los conocimientos ni las capacidades del “hombre medio”, una norma que presuponga que la conducta del destinatario de la norma se debe ajustar a esos conocimientos no le sirve al destinatario como guía de su conducta.

Puesto que la norma tiene un carácter intersubjetivo que permite su eficacia, por lo tanto no es necesario apelar a otra norma, donde se tienen en cuenta las capacidades de otro o fijar el deber individual por una norma de cuidado general que presupone conocimientos y capacidades que el sujeto no posee, es condenar la norma al fracaso. En realidad, tal cuestión, es generalmente reconocida, ya que la responsabilidad del sujeto menos capaz se excluye más adelante en la culpabilidad, pero la cuestión central es que estas circunstancias deben excluir ya la posibilidad de que nazca un deber jurídico, al menos mientras la norma se entienda como directivo de conducta.

Además, esta solución es “injusta” desde la perspectiva del principio de igualdad real. Exigir a alguien por lo que pueden hacer los demás contradice los principios éticos elementales, además de ser pragmáticamente irracional. Es cierto que con esta postura se pretendía aproximar la norma a sus destinatarios, en la medida en que ya no se prohíbe cualquier resultado azaroso, sino los que sean objetivamente previsibles para un hombre medio del círculo del autor. Con ello la mayor parte de las personas tienen ante sí, una norma que les impone aquello que pueden hacer, y esto también es extensible a los que poseen conocimientos especiales, ya que se reconoce que en estos casos el deber se ajusta a dichos conocimientos. Pero, ¿qué sucede con las personas, que se encuentran en una situación inferior a la media? Naturalmente que si este “no llegar” al nivel medio es consecuencia de la previa actuación del sujeto, es decir, si le es atribuible a él, nada

impide que se le considere responsable a él, pero si como hemos visto su situación se debe al infortunio, por ejemplo, una situación de inimputabilidad no provocada, como la de un enajenado o una persona que nace con graves alteraciones en la percepción y no es educada, o a una falta de madurez, por ejemplo, el niño pequeño, ¿qué sentido tiene fijar el deber por lo que podría hacer un cuerdo o un adulto?²⁹

Cuando comentamos la conformación de la norma directiva, cuando el sujeto se encuentra en una situación de ausencia de acción, nadie duda, que no sólo desaparece la culpabilidad, sino el propio deber (antijuridicidad), puesto que en esta instancia, el criterio manejado ya no es el del hombre medio sino el del propio autor. Este argumento es evidente, pero cuando se trata de la responsabilidad de personas verdaderamente inimputables, el argumento no es distinto, sólo es menos notorio.

La fijación de deberes jurídicos atendiendo a la posición del sujeto en la sociedad, al ámbito de competencia o al rol en que se desarrolla, está perfectamente justificada, pero no debería entrañar la renuncia al principio ético y práctico elemental de que a cada uno debe exigírsele conforme a sus posibilidades y no a las de los demás. Esta idea no contradice el espíritu de la determinación escalonada de la obligación, sino que se encuentra en su misma razón de ser. Si hoy se admite de manera generalizada que la obligación no puede medirse con una vara absoluta, igual para todos los sujetos, es, entre otras cosas, porque se reconoce que lo que puede esperarse y exigirse de los demás depende de sus conocimientos y capacidades, naturales o aprendidas, y que no sería razonable reclamar del lego lo mismo que a un profesional, del que tiene conocimientos especiales como el que carece de los mismos, la lógica interna de esta postura se quiebra en otros casos sin que haya razón convincente para ello.

Así, se admite que nada impide imponer al niño el deber del adulto, o al loco del cuerdo, o al que invenciblemente desconoce la desvaloración jurídica de su acto del que conoce la prohibición. Sólo en la culpabilidad se tendrían en cuenta estos datos³⁰, pero no en la fijación de deber, o en los de ausencia de acción. Desde la óptica de una norma directiva generadora de deberes jurídicos esta solución no puede ser justificada.

²⁹De similar opinión, en el apartado, *Crítica al paradigma del hombre prudente*, pp.273-291., RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, Grijley, Lima, 2013.

³⁰RUEDA MARTIN, *La teoría de la imputación...* pp.49 y ss. Trata de manera extensiva los orígenes de la imputación objetiva.

3.1.8.- Todos los delitos comparten la misma estructura, según la teoría de las normas

Antes de entrar al tema en concreto, es necesario hacer referencia desde la *ratio legis*, por qué el delito doloso es castigado con mayor severidad que el imprudente y creemos que ello se debe al respeto del principio de responsabilidad subjetiva, reconocido en el art. VII de nuestro título preliminar, y que a la letra dice: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”; de acuerdo con este principio sólo se puede imputar al autor aquello que queda abarcado por su representación de la realidad. Si de su acción se desprende sólo una determina probabilidad (probabilidad débil, probabilidad 0) de producción del resultado, sólo se le imputará, el peligro inherente a la acción que llevo a cabo, que como vimos líneas arriba puede ser variable (aumento o disminución del riesgo). Por lo tanto, lo único imputable es la acción que subjetivamente entrañe un peligro. (la entidad del mismo será valorada por el juez, es decir, *ex post*). Según el grado de peligrosidad, vaya aumentando tendríamos más razones para poder imputar subjetivamente el propio resultado. La imputación plena del resultado se produce en situaciones de probabilidad 1 (probabilidad fuerte)³¹, esto es que una acción desemboque con absoluta certeza en el resultado. Tal grado de probabilidad casi nunca puede lograrse, el conocimiento deja siempre un margen de duda que procede, entre otras cosas, de la propia naturaleza inductiva del saber. Cualquier intento de fijar un punto exacto a partir del cual determinada probabilidad de causación de resultado permite ya la propia imputación de éste es inútil. Aquí lo que prepondera es la progresión cuantitativa. Este es el fundamento principal de por qué se impone una pena elevada al injusto doloso, y una leve a la imprudencia consciente, y una más leve a la inconsciente. Sólo el dolo, permite imputar el resultado de forma completa o casi completa, mientras que la imprudencia permite sólo una imputación parcial, directamente proporcional al peligro de la acción evaluado a la luz de los conocimientos del sujeto, desde una perspectiva *ex ante*.

³¹Sobre los conceptos de probabilidad 0, entendida como probabilidad débil y, probabilidad 1 como probabilidad fuerte, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...pp.693-695.

Ahora bien, la idea que el dolo y la imprudencia comparten la misma estructura, no es novedosa³². Si se tiene en cuenta además que la doctrina mayoritaria, apoya la idea que al reconocer el carácter doloso de los delitos de peligro, que no son más que imprudencias conscientes sin resultado³³.

Si en el delito doloso se examina el tipo objetivo (centrado en torno a la idea de la imputación objetiva) y posteriormente la concurrencia del dolo que debe abarcar las circunstancias del tipo objetivo, en la imprudencia la mayor parte de la doctrina se conforma con examinar la infracción del deber objetivo de cuidado, que en realidad coincide, como hemos visto con el contenido de la imputación objetiva. Falta, por lo tanto, cualquier referencia en el tipo respecto a la representación del autor acerca de la norma de cuidado infringida, que sólo podría tener acomodo en la culpabilidad mediante la infracción del deber subjetivo de cuidado³⁴. Se produce así una situación paradójica en donde el delito doloso ante la concurrencia de un error invencible excluye la tipicidad, tanto dolosa como imprudente, pero al examinar el delito imprudente parece resultar bastante con la infracción del deber objetivo de cuidado, con lo cual se infiere exactamente lo contrario: que un error invencible del autor acerca de cuidado no excluye el tipo de imprudencia³⁵.

A modo de conclusión provisional: *la estructura debe ser idéntica en todos los delitos, ya que todo hecho criminal es la infracción de una norma directiva de conducta dándose todas las circunstancias de la relación normativa, que es intersubjetiva.*

La distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo es relativa, especialmente en los delitos en los que se prohíben acciones en situaciones de incertidumbre acerca de su efecto lesivo, una parte de la acción prohibida se construye en base a los conocimientos y capacidades del destinatario, con lo cual se produce una individualización del

³²Como lo señala, MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema de delito...*p.737., nota 160., con un estudio completo sobre las reminiscencias históricas en la doctrina alemana.

³³RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp.103 y ss.

³⁴RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente...*pp. 95-113.

³⁵Esta contradicción en nuestro sistema penal, pareciese estar salvada con la corrección del art. 14 del Anteproyecto de Ley del Código penal del 2004:“El error sobre un elemento del tipo penal o **sobre una circunstancia que atenúe o agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad**, la agravación o la atenuación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley”

comportamiento prohibido que no puede explicarse (sin dificultades) como una mera combinación entre un hecho objetivamente típico que además aparece así para el autor subjetivamente, sino como una norma personal delimitada. (Algo que como hemos visto la doctrina acepta, al tratar la imputación objetiva en el caso de los conocimientos especiales)

3.1.9.- No hay diferencia cualitativa entre el dolo eventual y la imprudencia consciente

No es posible encontrar una diferencia cualitativa entre el dolo eventual e imprudencia consciente grave, es decir, no se puede encontrar una diferencia de *aliud* sino de *plus-minus* entre ambas categorías, ello como consecuencia de la anterior aseveración que todos los delitos comparten la misma estructura. En todas ellas el sujeto realiza una acción/omisión que con sus conocimientos y capacidades resulta *ex ante* peligrosa para la eventual producción del resultado lesivo. Si el peligro se concreta en el resultado tendremos un delito consumado, si no hay resultado, tendremos la infracción de una norma que será punible en la medida en que la tentativa/ delito de peligro este expresamente sancionada.

Esto permite graduar las infracciones según el grado de peligro de la acción. En nuestro ordenamiento jurídico se admiten cuatro niveles, tres de infracción criminal, imprudencia inconsciente, imprudencia consciente, y dolo, el cuarto nivel está compuesto por el hecho fortuito, que abarca tanto casos de ausencia peligro *ex ante*, como casos de peligro que no excede del general de la vida. Un problema recurrente en nuestra práctica, es que muchos jueces en ocasiones se niegan a aplicar la figura del dolo eventual, especialmente si el hecho no se consuma, como demuestra que en algunos casos el legislador no haya tenido más remedio que crear una figura para sancionar tentativas con dolo eventual³⁶. Sería más razonable admitir un marco más flexible, por ejemplo, una atenuación supeditada a la menor peligrosidad de la acción, para imponer una sanción intermedia entre la que corresponde a los casos más graves de dolo de consecuencias necesarias, y no sólo dolo eventual, los casos propios de imprudencia. Entonces tenemos que a distintos disvalores de acción, distintas penas.

³⁶El ejemplo más notorio es el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción del artículo 274, que es casi un modelo perfecto de un comportamiento doloso eventual, pese a ello se ha tipificado expresamente.

Ahora bien, respecto a los elementos subjetivos distintos del dolo, muchos de ellos carecen de trascendencia, pero en determinados supuestos pese a ser el peligro nimio y si el sujeto tiene la deliberada intención de lesionar el bien jurídico puede también afirmarse el dolo, dado que estos elementos serán analizados en la culpabilidad.

En la imprudencia en cambio, el sujeto tuvo desde una perspectiva *ex ante* una posibilidad atenuada de conocer la norma de cuidado que infracciona, y desde el punto de vista subjetivo su representación no tiene la misma identidad que el resultado disvalioso, pues puede que no se lo haya representado o que esta representación sea irracional, por ello el conocimiento del deber de cuidado en el tipo imprudente, es cognoscibilidad, lo que debía conocer o pudo conocer el sujeto. Con ello, queda claro que la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente es sólo de grado.

3.1.10.- Sumario y bases teóricas:

1.- En el presente capítulo hemos adelantado algunas características que ha de tener nuestro concepto de dolo, este concepto no se basará ni en el conocimiento ni en la voluntad, pues hay una profusión de criterios en la dogmática del dolo, que lo hace difícilmente diferenciable.

2.- Se ha desarrollado brevemente, la teoría de las normas, las cuales conforman nuestro sistema penal, entre las normas primarias (normas de comportamiento) y normas secundarias o de sanción existe una relación estrecha de encadenamiento normativo. Y son precisamente las normas primarias las que están dirigidas a los destinatarios o ciudadanos. Y en caso de cometerse una infracción de la norma directiva de conducta, y habiéndose cumplido todas las circunstancias de una relación normativa, esta comunica intersubjetivamente³⁷. Y sólo conductas dolosas o imprudentes pueden vulnerar la norma directiva de conducta, en respeto al principio de responsabilidad subjetiva.

3.-También hemos podido apreciar lo innecesario que resulta referirse a otro objeto de valoración, como el “espectador objetivo” u “hombre medio”, por ser un doble objeto

³⁷Cf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II, *Crítica a la razón funcionalista*, cuarta edición, Taurus, Madrid, 1999, pp.31 y ss.

de valoración. Sobre el particular cabe distinguir, entre las tesis internalistas y las tesis externalistas, las tesis internalistas ponen particular énfasis en el carácter normativo del concepto de racionalidad, y tienen como cometido, principal, por lo tanto, erigir normas epistémicas que determinen cuándo existen buenas razones, al menos cognoscibles para el sujeto, para tener una opinión como justificada; entendiéndose como opinión la exteriorización de la conducta del sujeto. Conforme a esta posición la relación epistémica (esto es: la racionalidad de una relación cognitiva sujeto-mundo) consiste en el respeto de las normas epistémicas. Las tesis externalistas, en cambio, fundamentan la justificación epistémica acudiendo a la idea de un observador hipotético objetivo, que tiene acceso a los conocimientos ontológico-nomológicos disponibles y en virtud de ella justifica o no epistémicamente la opinión del sujeto, sin que interese si tales conocimientos son accesibles o no para él³⁸. Consecuentes con el desarrollo de la teoría de las normas, nuestra tesis es internalista, y por esta razón se criticó en su momento los “conocimientos especiales” como criterio de atribución de una conducta dolosa, desde una perspectiva *ex ante*.

4.- En el presente trabajo de investigación se admite el criterio de la evitabilidad individual, pues las normas secundarias o de sanción, hacen posible que el sujeto (destinatario) se motive a acatar la prohibición de lesión de un bien jurídico determinado, contenido en una norma directiva de conducta.

³⁸PÉREZ BARBERÁ, El dolo eventual...p.764.

CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN TÉCNICO LEGISLATIVA

1.1.- El Proyecto de Código penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre³⁹.

La primera edición de la propuesta penal, data de 1821, que parece haber circulado en varios volúmenes; no fue sino hasta la edición de 1828, hecha en Boston, donde aparece en un solo tomo. El pensamiento ilustrado de Vidaurre tuvo diversas reminiscencias, entre las que son posibles destacar: el pensamiento criminal de Filangeri, Beccaria, Bentham, y Lardizábal, que en forma considerable fueron seguidos por el autor.

La importancia histórica de la obra de Vidaurre, radica en que habría sido el primer Proyecto de América: “Aunque menos citado, apunta Rivacoba sobre el Proyecto que citamos, es claramente anterior y se halla imbuido de mayor erudición jurídica que los trabajos de codificación penal de Eduard Livingston para el estado norteamericano de Luisiana en los años veinte del siglo, y precede igualmente a los proyectos brasileños de José Clemente Pereira en 1826 y Bernardo Pereira Vasconcelos en 1827”⁴⁰.

Los Códigos penales de 1836 y 1863, estuvieron influenciados por la legislación española, siendo un calco del texto de José María Calatrava de 1822 y, el segundo, tributario del peninsular aparecido en 1850. En la nota de envío que con fecha 1 de septiembre de 1828 suscribe desde Boston Vidaurre para remitir al Congreso Constitucional del Perú su Proyecto, deja claramente que él no siguió la legislación española que más parece dictada por la “superstición y el despotismo”; según Vidaurre se habría inspirado en el Código de Napoleón. Aun cuando el texto de Calatrava era más

³⁹ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto de Derecho penal peruano. Tomo II., Criminalistas del siglo XIX*, Editorial Pangea, Arequipa, Segunda edición, mayo del 2013, pp.46-62.

⁴⁰RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1991, pp.26-27.

moderno y científico que el Proyecto de nuestro compatriota, fácil es que el rechazo de que de él hacía el proyectista no tenía otro fin que su afán de originalidad, como se verá tiene su Proyecto. Tampoco son visibles los vestigios del Código Napoleónico de 1810, sólo se puede observar alguna similitud en algunos aspectos, tales como: las penas infamantes (la marca), inhumanas (la pena capital), trascendentes (la confiscación), y afflictivas (uno reconocía, según se verá, la pena de azotes, y el otro, la mutilación de la mano), ambos asimismo, daban inicio a la parte especial con los delitos que ofenden al Estado, propio de los códigos contemporáneos.

1.2.- Contenido

Antecedido de un Prefacio (pp.3-5), la Primera Disertación (pp.7-39) se nutre con el estudio “de la naturaleza de los delitos, de su entidad y, de las penas proporcionadas y útiles”; la Segunda (pp.40-69), inspirada en la obra de Bentham, exclusivamente se ocupa de los “remedios preventivos”, distinguiendo entre los que reciben el nombre de preventivo generales, preventivo particulares, y supresivos. A partir de la página 70 hace un análisis de las figuras delictivas que ocuparán lo modernamente llamamos parte especial, comenzando por el delito de Majestad (pp.70 y ss.), para luego hacer referencia de los delitos contra la Religión (pp.116 y ss.) y dar finalmente los delitos Privados (pp.156 y ss.), entre los que coloca el homicidio, las injurias, el hurto, el adulterio, la violencia contra la mujer y el incesto. Desde la página 208 a la 230, inclusive, se extiende el Proyecto propiamente dicho.

Da inicio a su Primera Disertación definiendo el delito como: “el daño causado con conocimiento” (p.7.), en cuanto respecta a nuestro trabajo de investigación, se puede considerar esta concepción como la definición de dolo en el Proyecto; pues en páginas posteriores cita a Filangeri, de quien se diferencia, pues el concebía el delito como “la violación de la ley acompañada de la voluntad de violarla”. Para mostrarse próximo a Bentham, quien reconoce tres clases de delitos: 1) públicos, 2) semi-públicos y, 3) privados⁴¹. No acepta, sin embargo, que una forma de infringir la norma sea a través de los llamados delitos reflexivos o “contra sí mismos”.

No acepta tampoco los delitos contra la Divinidad, pues serán delitos, en tanto perjudiquen “la tranquilidad pública” (p.9.), dos párrafos más adelante, defiende la idea que el crimen debe ser medido de acuerdo al mal que causa a la sociedad (p.10.): los

⁴¹ ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto...*p.51.

llamados delitos de lesa majestad, no siempre deben ser castigados con pena mayor que los que lesionan intereses particulares. Tras definir el crimen como “el daño causado con conocimiento”, se preocupa de los casos que por faltar el conocimiento al propio tiempo, delito: la locura, la minoría de edad, el sexo⁴² y las pasiones, anulan o eliminan la capacidad de conocer y por ende, la posibilidad de obrar con dolo: “No es capaz de dolo ni de culpa, el que no entiende el mal que hace” (p.10.)

El concepto de delito que asume Vidaurre presupone la concurrencia de aspectos objetivos y aspectos subjetivos; los primeros se evidencian a través de la realización de un “daño” y, los segundos, por la “voluntad” de violar la ley. El criterio objetivo-subjetivo iniciado por Vidaurre, será más tarde seguido por José Silva Santisteban⁴³, Francisco García Calderón⁴⁴ y, por Ricardo Heredia⁴⁵.

A partir de la página 21 dedica un buen número de párrafos al estudio de la pena, especialmente a la proporcionalidad que deba existir entre el delito y la pena y, por último las clases de sanciones. Tomando como el fin de las penas la “utilidad común”, sigue a Montesquieu, Beccaria y Bentham en lo referente a la idea de la proporcionalidad. La pena capital estaba destinada para delitos muy graves; la infamia, cuando el delito sea infame en sí mismo; las sanciones pecuniarias, si el autor obro por codicia; los destierros, finalmente, sin distinción si el condenado tiene la condición de plebeyo o noble (con lo cual asume una posición propia del pensamiento Ilustrado). Como con anterioridad lo hizo Beccaria, se opone al indulto, pues el Estado carece de derecho de perdonar y tiene, por el contrario, tiene la obligación de ejecutar la sentencia. Basado en el principio de proporcionalidad, el cómplice deberá recibir menos pena que el autor. Vidaurre, desarrolla unos axiomas, entre ellos: *Axioma I*: El mal causado a la sociedad, y el conocimiento que se tiene del mal que se casusa, es la medida del delito. *Corolario 6*: Toda acción en que el individuo se perjudica sí sólo, no puede llamarse delito; *Axioma II*: Siendo el fin de la sociedad, la seguridad, tranquilidad, y en ella la igualdad, el sustento, y la abundancia; en razón de la destrucción o impedimentos que se causen en estos puntos, será la grandeza del delito;

⁴²Por no ser “ilustrada”, llega a negar que la mujer pueda delinquir del mismo modo que el varón.

⁴³SILVA SANTISTEBAN, José, *Curso de Derecho penal*, Tipografía del autor, 1863, pp.19-23.

⁴⁴GARCÍA CALDERÓN, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, segunda edición, Librería de Laroque, París, 1879, p.694.

⁴⁵HEREDIA, Ricardo, *Lecciones de Derecho penal filosófico*, Dictadas en la Universidad de San Marcos, Imprenta Calle del padre Jerónimo núm. 94, Lima, 1884, pp.32-36.

Axioma III: El mal puede recaer directamente sobre toda la sociedad, o sobre una porción considerable de ella, o sobre sólo un individuo; así será o público o semi-público o privado; *Axioma IV:* El individuo puede ser ofendido o en su persona, o en su propiedad, o en su reputación, o en su condición. *Corolario 1:* Cuando el delito ofende más de una de estas cuatro cosas, es mayor su gravedad⁴⁶; la suma del mal causado es la medida del delito.: *Corolario 2:* En igualdad de sumas, será mayor el mal causado en la persona que en la propiedad; *Axioma V:* El poder y la facilidad de dañar; la dificultad de resistir y de defenderse hacen mayores los delitos. *Corolario 1:* Los delitos de los jefes supremos, gobernadores, magistrados, tendrán una calidad agravante como la de todos los empleados de justicia, hacienda, milicias, policía; *Axioma VI:* Las penas deben ser proporcionadas al delito, y deducirse en cuanto sea posible de su misma naturaleza; *Axioma VII:* El fin de la pena es resarcir el daño causado y evitar el venidero. (...) *Corolario 5:* Ninguno tendrá potestad de remitir penas; *Corolario 6:* Las penas deberán ser acompañadas de los signos que hagan mayor impresión en la sociedad; *Axioma VIII:* El delito es producido por el placer, la pena debe tener su fundamento en el dolor. *Corolario 1:* El dolor de la pena debe exceder en algo al placer del delito: la igualdad haría al acto indiferente. (...) *Corolario 4:* Para no hacer indefinido el grado de pena, se deben atender a las calidades comunes, de edad, sexo, ilustración, educación, ocupación, religión y clase; *Axioma X:* Cuando en un delito pueden unirse la pena debe ser la que corresponde al más grave,

En cuanto a la Segunda Disertación, aclara el concepto de lo que él denomina remedios preventivos generales, que no tienen otro propósito que impedir la comisión de infracciones que conciernen estrictamente a lo criminal, tales remedios, a juicio de Vidaurre son los siguientes: 1) buen gobierno; 2) educación; 3) extirpación de la mendicidad; 4) constitución de decuriones y centuriones (los primeros tendrán facultades policiales e intervendrán en pequeños robos y conflictos domésticos); 5) prohibición de los juegos de azar; 6) castigar la ebriedad; 7) ilustrar al pueblo y, 8) premiar al mérito. Otra parte del estudio está destinada al estudio de los remedios preventivo particulares y supresivos⁴⁷.

⁴⁶Aquí se ocupa de lo que llamamos hoy antijuridicidad, o mejor aún, el aspecto normativo o graduable de la misma.

⁴⁷Queda expuesto el pensamiento de Vidaurre en el que fuera nuestro primer Proyecto. Para ver mayores detalles históricos y la riqueza de sus notas. Véase, ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto*...pp.52-62.

2.1- El pensamiento y obra de Francisco García Calderón

La “obra cumbre de la mente nacional durante el siglo XIX”, a decir de Jorge Basadre⁴⁸, es el *Diccionario de la Legislación peruana* que en tres volúmenes conforman la obra principal de García Calderón. Los dos primeros volúmenes de la edición nacional⁴⁹, aparecieron antes de la vigencia del Código penal de 1862, en tanto que, el tercero, bajo el título de *Suplemento*, se editó el año de 1864. Los dos primeros volúmenes, toman como base la legislación penal promulgada después de 1821, que corresponde al llamado período intermedio comprendido desde que se proclamó la Independencia hasta 1862 (año en que se promulga nuestro primer texto punitivo). La legislación penal del período intermedio, se caracterizó por su notoria improvisación, acorde con las necesidades que requería nuestra sociedad⁵⁰.

Divide los delitos según la pena que merezcan, se adhirió a la idea harto defendida en aquel entonces, de que si la infracción fuere grave y quien la cometiese mereciese una sanción afflictiva o infamante, habría de recibir la denominación de crimen; de lo contrario, se llamaría delito (vol. I, p.654). Los crímenes y los delitos, sólo son tales, si se ejecutaron dolosamente, pues cuando los hechos son producidos por mera negligencia, constituyen cuasidelitos⁵¹. Al promulgarse el Código penal de 1862, y al elaborar luego García Calderón el *Suplemento* en 1864, con base en el artículo 60 del cuerpo legal, se inclinó en favor de la sanción penal atenuada de los delitos imprudentes⁵². (*Suplemento*, p.247).

Reconoció como eximentes de la culpabilidad a la *vis física*, la obediencia debida, el sueño, la ignorancia de que se lesionaba un bien protegido, como cuando se suministra veneno creyéndolo un producto inocuo, y la legítimas defensa⁵³. En la actualidad, sabemos que no todas las eximentes sobre las que tratamos eliminan la culpabilidad,

⁴⁸BASADRE GROHMANN, Jorge, *Historia de la República del Perú*, quinta edición, Editorial Perú América S.A., vol. III, Lima, 1964, p.1339.

⁴⁹Existe otra, en un solo volumen, aparecida en París en 1879 que, recientemente (2003) ha sido reeditada por Grijley de Lima.

⁵⁰ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto...*pp.82-89.

⁵¹Los cuasidelitos, conforme a la legislación entonces vigente, art.2190 del Código Civil de 1852, únicamente obligaba al pago de una reparación civil.

⁵²Sobre el particular y en general sobre la evolución del delito imprudente en el Perú, Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado, Adrus, vol. I, Arequipa, 2004, pp. 33-66.

⁵³GARCÍA CALDERÓN, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, vol. I, p. 654.

pues hay consenso en que la fuerza física y el sueño son elementos negativos de la acción, en tanto que, la legítima defensa, excluye la antijuridicidad.

Haciendo suyo el pensamiento de Montesquieu⁵⁴, reconoce cuatro especies de delitos: 1) contra la religión, 2) contra las costumbres, 3) contra la tranquilidad, 4) contra la seguridad de los ciudadanos⁵⁵. Nuestro compatriota, continúa su exposición, afirmando que los delitos pueden clasificarse en públicos y privados, admitiendo una subdivisión en donde según la ley les asigne expresamente una pena, en cuyo caso serán ordinarios, u otros determinados por el arbitrio judicial, los denomina como extraordinarios. Son atroces, graves o leves los delitos, según los siguientes criterios: si el agente obró por placer, alevosía o ensañamiento, la infracción es atroz; cuando merece pena capital, es grave y, leve si no concurre ninguna circunstancia agravante. Distingue entre los delitos dobles y simples con base en el hecho de haberse lesionado más de un bien jurídico, así por ejemplo, es doble el robo de una mujer casada, al concurrir simultáneamente robo y adulterio. Vislumbrando de esta forma lo que hoy conocemos como delitos plurisubjetivos y monosubjetivos, admite la existencia del crimen *duorum*, entendiéndose por éste, al delito que no puede ser perpetrado por una sola persona sino que tiene que ser cometido por los menos por dos autores, por ejemplo: el adulterio, Acepta, además que puede haber consumación o no del delito, pudiendo ser perfecto o imperfecto, y si el agente fue sorprendido en el momento en el que realizaba el hecho, el delito será flagrante. Los delitos, por último, pueden ser *re*, *verbis*, *litteris*, y *consensu*, es *re* cuando se realiza a través de una acción externa (como un asesinato, herida de lesiones); *verbis*, el que proviene de palabras o canciones injuriosas; *litteris*, los que se cometen por escrito, con la falsificación de letras y escrituras, y la publicación de libelos infamatorios y, *consensu*, los que se perpetran a través de la instigación⁵⁶.

En cuanto respecta a las circunstancias agravantes y atenuantes, afirma, que agravan la culpabilidad, son los motivos que impulsaron el crimen, por ejemplo el homicidio bajo promesa de recibir dones a que hacían referencia los Códigos penales, españoles de 1822 y de Santa Cruz de 1836; el modo de cometer el crimen, por ejemplo: con alevosía o acechanza; los instrumentos empleados, cometer homicidio mediante el uso de veneno, la reincidencia, el tiempo, y el lugar, tal como lo previeron los artículos 415 y

⁵⁴ *El espíritu de las leyes, Libro XII, cap. IV.*

⁵⁵ GARCÍA CALDERÓN, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, vol. I, p. 654.

⁵⁶ *Ibid.*, p.657.

607 de los Códigos penales, españoles de 1848 y de Santa Cruz de 1836, respectivamente⁵⁷.

Al tratar los delitos en forma particular; asumió como parricidio la muerte del suegro o suegra, yerno o nuera, cuñado, padrastro o madrastra⁵⁸, y en lo tocante al infanticidio, estimó como tal la muerte del *nasciturus*, desde el alumbramiento, hasta antes de que transcurran las veinticuatro horas⁵⁹. Habiéndose, previsto la pena capital en el artículo 60 de la Constitución de 1860, reputó al infanticidio la calidad de homicidio cualificado, pues entendía, García Calderón, que el recién nacido no tuvo la capacidad para defenderse⁶⁰.

A juicio de Armaza Galdós⁶¹, las ideas penales de García Calderón, hubieron de evolucionar a partir de 1864 (ese mismo año presentó su tesis doctoral, intitulada: “*La frenología en sus relaciones con la Medicina, el Derecho y la Educación*”), pues desde entonces se vería influenciado por el pensamiento de Franz Josef Gall (1758-1828), el influyente precursor del positivismo penal que cree haber localizado la zona cerebral que predetermina al crimen; lo cual sería una muestra que nuestro compatriota simpatizó con el positivismo. Las ideas de García Calderón dice Pedro José Rada y Gamio en el *Elogio* cuya publicación aparece en: *El Derecho, Revista de Jurisprudencia y Legislación*, Órgano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, tomo XI, años 1906-1907 (p.107); “se hallan colocadas en el mismo terreno del insigne criminalista Tarde, que sin desconocer, la responsabilidad, fruto de la libertad y el conocimiento, afrontó en sus estudios los problemas del clima y de la raza, de la organización del delincuente, del medio social, y en general de todos los grandes progresos de la escuela penal positiva”. No parece probable, que García Calderón haya abrazado las teorías de Gabriel Tarde (1843-1904), siéndole desconocidas las “Leyes de la imitación”, “la teoría psicosocial de la criminalidad” y la “distinción entre criminalidad urbana y rural”, ideas que defendía el jurista francés. Resulta una mera coincidencia que ambos autores defienden el aislamiento celular y el libre albedrío; la diferencia fundamental se encuentra en la pena capital, mientras Tarde la defendía, García Calderón la recusaba.

⁵⁷ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto*...p.86.

⁵⁸GARCÍA CALDERÓN, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, vol. II, p. 753.

⁵⁹GARCÍA CALDERÓN, *Suplemento*, 1864, p.250.

⁶⁰GARCÍA CALDERÓN, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, vol. II, p.301.

⁶¹ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto*...pp. 88-89.

3.1- La obra penal de José Silva Santisteban⁶²

Silva Santisteban, formó parte de la Comisión encargada de revisar el Proyecto de Código penal, que tiempo después se plasmaría en el Código penal de 1862, dos años después aparece su obra principal *Curso de Derecho penal*.

El trabajo se divide en una “Parte Científica” (pp.1-128) y en otra “Positiva” (pp.129-220). La primera parte, que es la que interesa a nuestro trabajo de investigación, está compuesta por tres secciones: Sección primera: Origen del derecho de penar; Sección Segunda: De los delitos y, Sección Tercera: Penas. La sección del estudio destinada al estudio “De los delitos” hasta el capítulo 8, inclusive, es lo que hoy conocemos como “Parte general”, mientras que los capítulos 9 y 10 constituyen la “Parte Especial”.

Inicia su obra, exponiendo las teorías que se ocupan del “origen del derecho de penar” y rechazando la tesis del contrato social que defiende Beccaria, objeta las teorías de la defensa social, de la prevención general de Feuerbach (1775-1833), la utilitarista de Bentham y la de la expiación de Rossi. Asume que la pena ha de servir para hacer justicia y para enmendar al delincuente, situándose entre los defensores de las concepciones mixtas. “El delito, afirma Silva Santisteban, supone un delincuente, esto es, un ser inteligente y libre que en vez de contribuir a la armonía social, la ha violado y se ha puesto fuera del camino del Derecho, sea por la depravación de sentimientos, por estímulos de miseria, por iniquidad de corazón, u otra causa cualquiera; el Estado no ha de conformarse con restaurar el orden alterado, sino que ha ejercer sobre el culpable para volverlo al sendero de la moral y de la justicia, educándolo para disipar sus errores y facilitar su enmienda, dándole hábitos de trabajo para pueda adquirir su subsistencia por medios lícitos; y lo que es más, obrando sobre su sensibilidad, para corregir sus malos instintos y purificar su conducta, porque si no siempre es generalmente la sensibilidad lo que le arrastra al crimen. En esto consiste la pena, luego la sociedad tiene derecho de castigar al delincuente, para corregirlo y dar garantías al orden social”.

Sin embargo, el autor, no prescinde de la expiación por considerarla como un medio de corrección⁶³, En cuanto a la idea de reforma del delincuente, se puede apreciar la influencia de Heinrich Ahrens (1808-1874), y de Christian Friedirich Krause (1781-

⁶²SILVA SANTISTEBAN, José, *Curso de Derecho penal*, Tipografía del autor, 1863.

⁶³SILVA SANTISTEBAN, José, *Curso de Derecho penal*...pp.16-17.

1832)⁶⁴, aunque no de manera evidente, coincide, el autor con la enmienda de los penados tal como lo sostenían los dos autores alemanes precitados. El pensamiento sobre la utilidad de la pena, es más bien de orden correccionalista: “la pena no de ser necesariamente afflictiva, sino correccional”⁶⁵, antes bien, en la misma página apunta: “la idea capital es la enmienda o la corrección”⁶⁶.

El delito es un a) “mal”⁶⁷ que b) “perturbe el orden físico o moral”⁶⁸, c) a través de la ejecución de un “acto humano”⁶⁹, d) “racional”⁷⁰, con el e) “ánimo de hacer daño”⁷¹ a f) “distinta persona”⁷²; esta es la noción que admite como correcta.

Desde la ideación a la consumación, recorre el delito una serie de grados⁷³, cuya primera manifestación pertenece al insondable mundo del espíritu, los pensamientos no son reprochables ni jurídicamente ni moralmente⁷⁴. Ahora bien, concebido el delito que se quiere ejecutar y resuelto el agente en su idea de consumarlo, “lo primero que naturalmente ocurre”⁷⁵ es que debe agenciarse los medios con los que pretende ocasionar el daño y tal conducta es ya en parte de lo que en la “ciencia penal” se denomina actos preparatorios⁷⁶. Si más tarde el hecho es puesto en ejecución, cabe distinguir entre “tentativa malograda, crimen frustrado y delito consumado: en el primer caso, el culpable dejó de emplear algunos medios de que podía disponer, sea por su propio arrepentimiento, sea por su propia cobardía, sea por otra causa extraña; en el segundo, los empleó todos, hizo cuanto estaba de su parte, más no alcanzo su designio por causas independientes de su voluntad; en el tercero, los medios surtieron efecto”⁷⁷.

⁶⁴La vinculación entre Silva Santisteban y Ahrens, ha sido puesta de manifiesto por Estuardo Nuñez, en: NUÑEZ, Estuardo, *La influencia alemana en el Derecho peruano*, Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, 1937, p.14; lo mismo asevera; HURTADO POZO, José, *La ley importada, Recepción del Derecho penal en el Perú*, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, Lima, 1979, p.47. El pensamiento de Krause, al parecer debió llegar de manera indirecta, a través de Ahrens a nuestro compatriota.

⁶⁵SILVA SANTISTEBAN, José, *Curso de Derecho penal*...p.91.

⁶⁶Ibid.

⁶⁷Ibid., p.19.

⁶⁸Ibid.

⁶⁹Ibid., p.20.

⁷⁰Ibid.

⁷¹Ibid., p.23.

⁷²Ibid., p.22.

⁷³Ibid., p.26.

⁷⁴Ibid., p.27.

⁷⁵Ibid.

⁷⁶Ibid., p.28.

⁷⁷Ibid.

Dentro de la fase interna, el autor coloca a los “actos preparatorios”⁷⁸, llegando a demandar sanción penal si se llegase a conocer que el agente consiguió los medios con los cuales pretendió ejecutar el delito, “con el firme propósito de emplearlos”⁷⁹, aunque luego el crimen no se hubiera consumado; distingue también una fase externa.

No hay “imputabilidad”⁸⁰, si se obra bajo el amparo de una “causa justificativa”⁸¹, reconociendo como tales a: la minoría de edad y la locura (que impiden que el hombre pueda tener conocimiento de lo que hace) la *vis absoluta* y la *vis compulsiva* (que imposibilitan la deliberación); la legítima defensa, el caso fortuito, el estado de necesidad y, el ejercicio de una profesión, oficio o cargo (que anulan la intención). Aunque por distintas razones a las sostenidas por Silva Santisteban, hay consenso en que son verdaderas eximentes, la fuerza física irresistible, la coacción, la legítima defensa, el estado de necesidad y la locura.

En cuanto a la legítima defensa, piensa el autor, que únicamente procede repeler en contra del agresor ilegítimo, si este acomete a través de un “ataque violento”⁸², lo cual en la actualidad es insostenible. La defensa personal, continúa, no beneficia al sujeto que pudiendo apelar a la fuga, enfrentó y repelió el ataque, de donde deducimos que para él, tiene el instituto un carácter subsidiario. Cuando no concurren todos los requisitos que exige la ley para que operen las “causas justificativas”, se atenúa la pena de quien hace uso imperfecto de ellas⁸³; la ebriedad, consiga luego, con fundadas razones, debe también ser admitida entre las atenuantes sin importar si fue habitual u ocasional o si el agente embriagó después, en los supuestos de beodez ocasional, de haber resuelto cometer el crimen.

Las agravantes⁸⁴, tienen su origen en la mayor perversidad, en el considerable mal físico que se ocasiona o en la mayor alarma social que produce el hecho. Revelan una mayor perversidad, la reincidencia, la alevosía, el ocasionar intencionalmente el daño contra un pariente cercano y ejecutar el hecho por precio o recompensa. La premeditación, no fue

⁷⁸Ibid., p.30.

⁷⁹Ibid., p.31.

⁸⁰Ibid., p.33, cap. III.

⁸¹Ibid., p.34.

⁸²Ibid., p.42.

⁸³Ibid., pp.47-52, cap. IV.

⁸⁴Ibid., pp.52-59., cap. V.

incluida por el autor, como agravante, pese a que el art.10, inc.2, del Código penal de 1862, si la contempló.

El capítulo destinado a la participación criminal⁸⁵, el autor, destaca primero la existencia de delitos que pueden ser ejecutados por un único individuo y los diferencia de aquellos en los que necesariamente han de concurrir varios, por ejemplo: adulterio y sedición; recuerda inmediatamente, los conceptos de autor (moral y material), codeincuente, cómplice, y encubridor, haciendo obligatoria la atenuación de quienes no obren como autores.

El primer capítulo de la Sección tercera⁸⁶, el autor fundamenta la “naturaleza y fin” de la sanción bajo el epígrafe genérico de “Penas”, sostiene, como lo habría de reconocer antes la Escuela Correccionalista de Röder, que la sanción penal no es mal, sino por el contrario un bien⁸⁷. Como Ahrens y Krause, estima, “que la enmienda o corrección es la idea capital” del Derecho punitivo. En el cap. II⁸⁸, señala que las cualidades de las penas, anotando que estas deben ser morales, correctivas, ejemplares, personales o intransmisibles, instructivas, populares, tranquilizadoras, iguales, análogas, divisibles, graduables, remisibles, reparables.

En la parte científica⁸⁹, siguiendo el orden del Código penal, hace breves referencias de las instituciones que lo integran. Deja, Silva Santisteban consignado, que todos los principios del Derecho natural⁹⁰ y por otro lado cuando define al delito como un mal⁹¹, ocasionado por un ser libre⁹², siempre que tal mal quebrante, como de hecho ocurre desde su punto de vista, las “leyes de la naturaleza”⁹³.

4.1- Las ideas penales de Ricardo Heredia⁹⁴.

Heredia, concibe el delito como un hecho, a través del cual se infringe un deber, con conocimiento e intención⁹⁵. Aquí podemos percibir lo que para Heredia es dolo,

⁸⁵Ibid., pp.61-63, cap. VII.

⁸⁶Ibid., pp.88-93.

⁸⁷Ibid., p.90.

⁸⁸Ibid., pp.93-100.

⁸⁹Ibid., pp.129-219.

⁹⁰Ibid., p. VIII, *Introducción*.

⁹¹Ibid., p.19.

⁹²Ibid., p.33.

⁹³Ibid., p.19.

⁹⁴HEREDIA, Ricardo, *Lecciones de Derecho penal filosófico*, Dictadas en la Universidad de San Marcos, Imprenta Calle del padre Jerónimo núm. 94, Lima, 1884.

conocimiento e intención, siempre en el contexto del Código penal de 1862. Al mismo tiempo de como lo hacen las concepciones contemporáneas y siguiendo en este aspecto a Vidaurre, su concepto de delito es integrado por elementos objetivos y subjetivos: “Para que el delito (...) pueda ser objeto de penalidad, dice el antiguo profesor de San Marcos, deben concurrir además en él además del conocimiento y la intención, la libertad, así como otras calidades externas”⁹⁶.

La participación podía ser directa e indirecta, la primera se diferencia de la segunda, en que allí los actos realizados por el agente se producen con anterioridad o de modo concomitante a la época en la que se produjo la infracción, mientras que la segunda o participación extensiva, es la que acaece después de culminado el hecho punible.

Clasifica los delitos en privados y públicos, “según que el mal del delito recaiga sobre el individuo o sobre la sociedad”⁹⁷. “Si el mal del delito, o mal de primer orden, como le llama Bentham, recae sobre el individuo el delito es privado”, siendo público: “el delito en que el mal de primer género afecte directamente a la sociedad”⁹⁸.

Concibe a la sanción penal como el conjunto de medios externos y coercibles de que la autoridad se vale para restablecer el orden alterado por el delito⁹⁹. Si la pena restablece el orden perturbado y simultáneamente resocializa, debe ser tomada no como un mal, sino como un bien¹⁰⁰; concepción que no se distancia de la de Silva Santisteban. Nuestro compatriota se muestra contrario a la pena de muerte y la retroactividad favorable de la ley penal.

Su concepción del delito como ente jurídico, y no como hecho preexistente¹⁰¹ a la ley penal y, deduce los elementos del delito de tal abstracción, para presuponer que la pena tiene como presupuesto, el libre albedrío, así entiende conforme a los postulados del Derecho natural, que el deber y el derecho que tienen su fundamento en la naturaleza

⁹⁵Ibid., pp.32-33

⁹⁶Ibid., p.34.

⁹⁷Ibid., p.79.

⁹⁸Ibid., p.80.

⁹⁹Ibid., p.119.

¹⁰⁰Ibid.

¹⁰¹Ibid., p.39.

humana, existirían aun cuando no hubiese una ley positiva¹⁰², con lo cual Heredia se distancia de la escuela positivista¹⁰³¹⁰⁴.

5.1- Breves apuntes sobre la Escuela Positivista

Dentro del marco teórico de esta Escuela, el delito ya no será visto ni estudiado como ente abstracto, se estudiarán en cambio los factores que determinan la criminalidad incidiendo en los de carácter fisiológico (Lombroso) o los que surgen de la conjunción de éstos y los sociales (Ferri). En un principio, se prestó especial atención, al aspecto somático, no llamando por ello la atención que nuestros publicistas y el Estado se preocupasen, por conocer las características físicas del delincuente, al punto de haber importado instrumentos antropométricos para medir determinadas zonas del cuerpo que se reputaban como indicativas de criminalidad. En la edición del Diario Judicial de Legislación y Jurisprudencia, del 1 de junio de 1892, Lima, año III, núm. 562, p.2281, da cuenta de la inversión efectuada para la adquisición de tales aparatos¹⁰⁵.

El francés Bertillon, seguido por Lombroso, fue un decidido partidario de institucionalizar un servicio antropométrico en París. Pretendía tal servicio identificar al delincuente a través del método siguiente: luego de ser fotografiado, era sometido a un proceso de mensuración en zonas del cuerpo que se consideraban invariables: el antebrazo izquierdo, el ancho de la cabeza, la longitud del pie izquierdo y la del dedo medio de la mano izquierda, por ejemplo eran medidos con meticulosidad extrema; con la oreja y la estatura. En nuestra realidad la utilización de los instrumentos antropométricos tenían el propósito de identificar al delincuente para con estos datos

¹⁰²Ibid., p.31.

¹⁰³ Afirma, ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto...*p.101, que la obra penal de Heredia, está integrada por las lecciones que daba en la Facultad de Jurisprudencia de San Marcos sobre dicha materia; recordarlo da ocasión de indicar que la costumbre de plasmar el discurso oral científico en ulteriores ediciones escritas, no era tampoco ajena a la cultura española decimonónica e, incluso, posterior. En efecto, constituyen discursos orales hispánicos posteriormente convertidos en libros, los trabajos, estudios penales siguientes: Juan Francisco Pacheco, *Estudios de Derecho penal*, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid, 1839 y 1840, primera edición, 1842; Hernández de la Rúa, *Conferencias jurídicas sobre el Código penal*, Madrid, 1848; Francisco Lastres, *Estudios sobre sistemas penitenciarios*, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid, 1875, entre otros.

¹⁰⁴La reproducción del índice y, por tanto del contenido de la obra de HEREDIA, *Programa de Derecho penal filosófico*, se puede leer en páginas 105 a la 110, en: ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto*.

¹⁰⁵ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto...*pp.138-161., en especial, p.139.

crearse un archivo, no exenta, en la práctica nacional darles, también un uso experimental¹⁰⁶.

La aparición del *Método positivo en el Derecho penal* de Javier Prado y Ugarteche en 1889, hizo que el positivismo italiano sea acogido con entusiasmo¹⁰⁷, a tal punto que la profusión de publicaciones se tornó inmensurable, buena parte de ellas reproducían el ideario de Lombroso y Ferri, y unas cuantas publicaciones se dieron en tono crítico¹⁰⁸.

Anotar que la proposición principal de esta Escuela era que el delincuente, según comprobaciones efectuadas, es portador de malformaciones congénitas y ellas delatan la inclinación perversa de quien ha de ser visto como un potencial criminal.

Es necesario recordar, que en el auge de la Escuela Positivista, nuestro país se encontró en el período histórico denominado como la República Aristocrática (1895-1919) y fueron precisamente los principales expositores de estas ideas “curiosas”, integrantes de ella, así, por ejemplo: las obras de los hermanos Prado, como principales expositores, y en menor medida Oscar Miró Quesada¹⁰⁹.

6.1- El Código penal de 1924

En lo que respecta al objeto de nuestro trabajo de investigación, el Código derogado, estatúa que era dolo, una infracción que era intencional cuando se cometía por acción u omisión consciente y voluntaria (art.81., segundo párrafo). Esta definición es tributaria del art.18 del Proyecto del Código Penal Suizo, que disponía: “Comete intencionalmente un crimen o un delito quien lo haga con consciencia y voluntad”¹¹⁰.

El dolo era definido, en nuestro anterior texto punitivo, por dos elementos concurrentes: la consciencia y la voluntad. En consecuencia quien obraba dolosamente tenía que hacerlo con consciencia y voluntad. El hecho que en nuestro actual texto punitivo, no se defina el dolo de esta manera, siguiendo quizás a las codificaciones españolas y

¹⁰⁶ ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto...*pp.138-161., en especial, p.139., nota 171.

¹⁰⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *PG*, Grijley, 3ra. reimpresión, Lima, 2009, p.157.

¹⁰⁸ Sobre las publicaciones aparecidas, tanto a favor y en contra de la escuela positiva italiana, en: ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto...*pp.140-143.

¹⁰⁹ Sobre la vinculación entre la oligarquía y el positivismo penal. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Hamurabi, Buenos Aires, 2007, p.135.

¹¹⁰ HURATADO POZO, *PG*, Grijley, 2005, pp.449-451.

alemanas, no obsta, para que se pueda abandonar esta concepción. Sin embargo, creemos que al no definir al dolo o la imprudencia en nuestro Código penal, se entiende que el legislador ha preferido que este desarrollo sea hecho por la doctrina y la jurisprudencia.

También, en nuestro anterior texto punitivo, se definía la imprudencia, así se puede apreciar en el art.82., segundo párrafo, “comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y su situación personal”¹¹¹.

En opinión, de Hurtado Pozo, el no definir la culpa en el sistema actual, no se justifica plenamente, porque estos tipos de definiciones, en clara referencia al Código derogado, sirven de ayuda al aplicador de la ley, esto es válido en países como en el nuestro en que ni la doctrina ni la jurisprudencia han alcanzado un desarrollo suficiente¹¹²; creemos que una fórmula como la del Código anterior ayudaría en parte a los jueces, y fiscales, quedando siempre reservado para el estudio de la doctrina (la creación de criterios) y el desarrollo jurisprudencial, sobre la especificación de los términos que definían la culpa.

Por exceder las pretensiones de nuestro trabajo de investigación, sólo se hará el análisis de la técnica legislativa, que hubo sobre el dolo y la imprudencia. Sin embargo es necesario señalar, la literatura que se originaría durante este período, hasta la dación del Código penal de 1991: Juan José Calle, *Código penal, anotado y concordado con los anteproyectos de códigos penales de Alemania, Suiza, Suecia, Italia y, el Código penal de argentina*, Librería e Imprenta Gil, 1924.; Germán Zevallos, *Código penal*, Imprenta B. Sánchez Muñoz, Huancayo, 1935.; Ángel Gustavo Cornejo, *Derecho penal especial*, volúmenes I y II, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1937-1938.; Carlos Zavala Loayza, *Sinopsis de la legislación penal en el Perú*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1941.; Manuel G. Abastos, *Clases dictadas en la Universidad de San Marcos*, s/f, 1937-1938.; Luis Bramont Arias, *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Librería Mundial de R. Meza y Cía., Lima, 1950, *Código penal anotado*, Editorial Ferrocarril, Lima, 1966, *Derecho penal. Parte general (hasta la tipicidad)*, T.I., 3ra. ed., Vilock, Lima, 1978, *Ministerio Público*, SP editores, Lima, 1984, *Temas de derecho penal*, 5 tomos, SP

¹¹¹HURATADO POZO, PG, Grijley, 2005, p.711.

¹¹²Ibid.

editores, Lima, 1988.; Santiago Benítez Sánchez, *Derecho penal peruano. Comentarios a la parte general del Código penal*, 2da. Edición, Ts. I y II, Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1958.; Raúl Peña Cabrera, *Tratado de Derecho penal*, 4 volúmenes, Sesator, Lima, 1977.; Luis Roy Freyre, *Derecho penal peruano, parte especial, T.I (Delitos contra la vida, el cuerpo y salud)*, 1ra. edición., Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1974, *Derecho penal peruano, parte especial, T.II (Delitos contra el honor, las buenas costumbres y la libertad y el honor sexuales)*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1975, *Derecho penal peruano, parte especial, T.III (Delitos contra el patrimonio)*, Instituto de Ciencias Penales, Lima, 1983, *Derecho penal peruano, parte especial, T.I. (Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud)*, 2da. Edición, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1986.; José Hurtado Pozo, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2da. Edición, Eddili, Lima, 1987 (entre otras obras); Felipe Villavicencio Terreros, *Delitos contra la seguridad pública. Delito de terrorismo*, 2da. Edición, Sesator, Lima, 1983., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990¹¹³.

7.1- El Código penal de 1991

El Código penal de 1991 es el resultado de un largo proceso de reforma. El primer Proyecto data de 1984, seguido por otro de 1985, ambos fueron elaborados por la misma comisión; sin embargo difieren bastante uno del otro. El primero era más conservador en la medida que sus autores se apegaron al Código penal tipo para Latinoamérica. El proyecto de 1985, sigue, en particular en la parte general, al Código penal brasileño modificado en 1984 y, de manera restringida al Código penal argentino reformado el mismo año y al Código de Uruguay revisado en 1985. Esta influencia es importante en lo que respecta a las sanciones penales: se modifica substancialmente la técnica de la doble vía y se introducen sanciones alternativas para las penas privativas de libertad¹¹⁴.

En 1990, una nueva comisión continuó los trabajos de reforma, la cual elaboró un nuevo Proyecto, publicado en julio de 1990. Basado en el Proyecto de 1986, el de 1990 es de orientación diferente, siendo sus fuentes principales el Código penal alemán de 1975, el

¹¹³VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *PG*, Grijley, 3ra. reimpresión, 2009, p.158.

¹¹⁴HURATADO POZO, *PG*, Grijley, 2005, p.126.

Proyecto alternativo alemán de 1962 y los proyectos españoles de 1980 y 1983. Debido a que el plazo fijado por el Parlamento, en la ley en la que delegaba facultades legislativas al Poder Ejecutivo, para que dictara el nuevo Código, había vencido, se designó una nueva comisión revisora. El resultado de ésta fue el Proyecto de Enero de 1991, en el que se reproducen las propuestas del Proyecto anterior modificándolas, algunas veces, de manera insignificante. Este último Proyecto fue promulgado como Código penal mediante el D.Leg. N°635, del 3 de abril de 1991¹¹⁵.

Las principales reformas en la parte general, hacen referencia al tratamiento del error de tipo y el error de prohibición siguiendo al Código penal alemán de 1975. De esta manera se abandonó, la deficiente regulación prevista en el Código de 1924, establecida conforme a los criterios de error de hecho y error de derecho. También es importante la incorporación del error de comprensión culturalmente condicionado: “para eliminar el trato indebido a indígenas y nativos de la selva por el Código derogado”¹¹⁶.

A juicio de Hurtado Pozo, (...) “la tendencia ha sido la de siempre: importar las disposiciones legales foráneas estimadas como las más modernas, apreciación hecha sobre la base simple del texto y sin analizar los resultados obtenidos por su aplicación en el país de origen. Esto es, en particular, crítico en la recepción de las normas en los Códigos de Brasil y de Portugal referentes al sistema de penas, sin un conocimiento cabal de las legislaciones de estos países ni de su funcionamiento concreto”¹¹⁷.

En lo referente al dolo y la imprudencia¹¹⁸, el legislador de 1991, ha optado por no definirlos, señalando que los casos en los que el autor cometa un hecho doloso se le aplicarán siempre las penas previstas para cada tipo de la parte especial; dejando ésta labor a la doctrina y la jurisprudencia. En el mismo artículo 12, se opta por el sistema de *numerus clausus*, lo que permite saber con mayor seguridad cuándo es punible la imprudencia, más aún si toma en consideración que los sistemas de incriminación

¹¹⁵HURATADO POZO, PG, Grijley, 2005, p.127.

¹¹⁶Ibid., p.128.

¹¹⁷Ibid., p.129.

¹¹⁸**Delitos y faltas.-Artículo 11.-** Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.**Delito doloso y delito culposo.- Artículo 12.-** Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

abierta generan muchas dudas respecto a la admisibilidad culposa en una serie de delitos, ofreciendo mayores garantías¹¹⁹.

En cuanto al error de tipo, si es invencible excluye la pena o la responsabilidad penal, si es vencible, y el delito doloso tiene como correlato un delito imprudente se impondrá la pena de éste último. En el error de prohibición, vale decir, sobre la comprensión de la antijuridicidad del hecho por parte del autor, si el error es invencible, si el autor no pudo evitarlo, se excluye la responsabilidad del autor, si es vencible se atenuará la pena correspondiente para el autor¹²⁰¹²¹.

De opinión distinta, Rojas Vargas¹²², sobre el carácter y definición del dolo respecto de la tentativa, afirma que el legislador ha asumido los postulados de la doctrina finalista, al considerarlo un elemento del injusto penal en su aspecto subjetivo, apartándose de la concepción causalista que lo remitía a la culpabilidad, esto es así, porque la decisión materializada de cometer un ilícito penal, presupone la voluntad de delinquir, el conocimiento de lo que se está haciendo y, por lo mismo el dominio de los factores causales (con intención o propósito dirigido al resultado en los casos de dolo directo). La intención de delinquir como componente del dolo, también puede hallarse en los actos preparatorios, pero en estos casos, no podemos hablar de dolo penalmente relevante, por cuanto éste es una característica que acompaña a la ejecución de los actos delictivos como presupuesto indispensable (excepción hecha de actos preparatorios punibles). Por lo tanto, el dolo de la tentativa de delito, es el mismo que el dolo del delito consumado, ello significa que el dolo y los elementos subjetivos complementarios, cuando así lo requiera el tipo, se halla completo en la tentativa, la razón fundamental radica en que la tentativa es un tipo penal dependiente y jurídicamente subordinado a la tipicidad establecida en el tipo especial, no pudiendo poseer un dolo propio que la distinga del dolo del delito específico que se trate.

¹¹⁹RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*, Grijley, 2da. Edición, Lima, 2013, p.191.

¹²⁰Sobre el error de prohibición, Cf. VILLAVICENCIO TERRROS, Felipe, PG, pp.616-622.

¹²¹**Error de tipo y error de prohibición.-Artículo 14.-** El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

¹²²ROJAS VARGAS, Fidel, *El delito, preparación, tentativa y consumación*, Idemsa, Lima, 2009, pp.297-298.

Pese a la influencia que hubo en la época en que se legisló el Código actual, del sistema finalista, no creemos que quepa inferir la conclusión arriba mencionada, también se podría inferir del art.14, que el desconocimiento de uno de los elementos del tipo penal, da lugar a un delito imprudente, si lo hubiere, y que por lo tanto dolo es conocimiento de las circunstancias constitutivas del tipo, e imprudencia es desconocimiento, y por tanto se podría equiparar esta categoría con el error de tipo, de la misma manera en que lo hacen los partidarios de la denominada: “teoría de la posibilidad”. Con lo cual no podríamos afirmar de manera contundente que nuestro código tiene un fuerte corte cognitivista, lo cual sería erróneo, por esta razón, y nos parece fundamental que el legislador haya dejado abierta, a la doctrina y la jurisprudencia el desarrollo de los conceptos de dolo e imprudencia, pudiendo discutirse en estos ámbitos la legitimidad o no, de una determinada corriente de pensamiento.

8.1-Anterproyecto de Ley del Código penal del 2004¹²³

Una de las novedades que presenta el Anteproyecto, es el referido al principio de Lesividad, que conforma el art. IV, del título preliminar, “La pena precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, tutelados por la ley. Sólo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico institucional o colectivo, se sancionarán comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el bien jurídico”¹²⁴.

Esta modificatoria responde a la necesidad de comprender comportamientos excepcionalmente idóneos para producir un estado de peligro a bienes jurídicos supraindividuales o colectivos como el sistema monetario o el sistema crediticio. Técnica que es aplicada por las sociedades de riesgo. Así, el legislador rescata de manera excepcional estas fórmulas de peligro abstracto para delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos, en especial, aquellos, que nacen del desarrollo tecnológico, económico e intelectual de la sociedad. El fundamento político criminal de los tipos de peligro abstracto consiste en la conveniencia de no dejar criterio al juzgador la estimación de peligrosidad de acciones que normalmente lo son de “lato grado”, incluso en el caso de conductas prohibidas de manera general mediante tipos de peligro

¹²³Comisión Especial Revisora del Código penal de 1991, mediante ley 27837, del 4 de octubre del 2002, se conforma la comisión.

¹²⁴*Anteproyecto de Ley del Código penal del 2004*, p.29.

abstracto, pero en el caso concreto no peligrosas, la punición se basa en la decisión político-criminal, de querer crear costumbre de determinadas acciones, a fin de poder obtener una protección suficiente para los bienes jurídicos importantes¹²⁵.

En cuanto a la prescripción del dolo y culpa, en el art.12.- La ley penal siempre describe la infracción dolosa. La infracción culposa debe estar expresamente establecida por ley¹²⁶; con lo cual se mantiene el sistema de *numerus clausus* para el tipo imprudente y, respecto del tipo doloso, varía la redacción, en la anterior teníamos que las penas eran siempre aplicada al autor de infracción dolosa, en el Anteproyecto, al parecer, se admite que la infracción dolosa es la prototípica en nuestro sistema penal, como de hecho se admite.

El art.14 señala lo siguiente: “El error sobre un elemento del tipo penal o sobre una circunstancia que atenúe o agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad, la agravación o la atenuación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley”.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuera vencible se atenuará la pena¹²⁷. En cuanto al error de tipo, se agrega la posibilidad de que el error se produzca sobre una causa de atenuación¹²⁸.

9.1.- Anteproyecto de Ley del Código penal del 2009¹²⁹

En el Anteproyecto del 2009 en cuanto se refiere al dolo e imprudencia, el legislador opta por mantener la misma prescripción que en el Anteproyecto del 2004. De esta manera el dolo y la imprudencia vienen determinados por la ley penal que describe la infracción dolosa. En el caso de la infracción culposa viene determinada por ley. Con lo

¹²⁵Ibid., p.8.

¹²⁶Ibid., p.32.

¹²⁷Ibid.

¹²⁸Ibid., p.21.

¹²⁹*Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal*. Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General), Congreso de la República, Lima, 2009.

cual es posible hacer una interpretación de carácter valorativo-normativa del artículo 12¹³⁰.

En cuanto a las consecuencias prácticas respecto del error de tipo y de prohibición se mantienen las mismas consecuencias que en el Anteproyecto anterior, en cuanto al error de tipo se mantiene la posibilidad de que el error se produzca sobre una causa de atenuación¹³¹.

Lo que en nuestra opinión nos parece un salto cualitativo importante es el desarrollo del título preliminar, así por ejemplo en el artículo III del título preliminar del código penal vigente se establece que no está permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, en el Anteproyecto se admite la posibilidad de la analogía in *bonam partem*, proscribiendo toda forma de analogía que no favorezca al reo¹³².

En el artículo IV del título preliminar se señala que la pena necesariamente, precisa, de la lesión o puesta en peligro concreto o abstracto de bienes jurídicos tutelados por ley¹³³. Esto comporta varias consecuencias, entre las principales: Primera, todos los preceptos penales deberán proteger bienes jurídicos. Segunda, un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una función libre del ciudadano. Tercera, debido a la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de mayoría de ciudadanos, se debe tutelar todos los intereses que pretenda una sociedad y no un grupo determinado¹³⁴.

El Anteproyecto recoge el principio de ne bis in ídem, en el artículo IX del título preliminar: “Nadie podrá ser sancionado más de una vez por el mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas”¹³⁵. Precepto que incardina con el principio de proporcionalidad también recogido en el título preliminar del Anteproyecto.

¹³⁰ *Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal*. Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General), Congreso de la República, Lima, 2009, pp. 33 y ss.

¹³¹ *Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal*. Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General), Congreso de la República, Lima, 2009, pp.34 y ss.

¹³² Cf. Artículo III del Título Preliminar del *Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal del 2009*.

¹³³ *Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal*. Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General), Congreso de la República, Lima, 2009, pp. 21 y ss.

¹³⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, p. 96.

¹³⁵ Cf. *Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal*. Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General), Congreso de la República, Lima, 2009, pp. 22 y ss.

En líneas generales, consideramos que una de las virtudes del Anteproyecto del 2009 son las de corregir los problemas de sistematicidad y proporcionalidad que padece nuestro sistema penal vigente ante las demandas de seguridad de la ciudadanía.



CAPÍTULO III: DOLO EVENTUAL E IMPRUDENCIA CONSCIENTE

EL DOLO EVENTUAL: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

1.1.- Introducción

El dolo y la imprudencia no son conceptos ontológicos sino normativos¹³⁶ que deben ser determinados por la dogmática penal y por la jurisprudencia, de acuerdo con lo prescrito

¹³⁶ ZILESINKY, *Dolo e imprudencia*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2003, p.23: “ Si bien no hay un concepto de acción prejurídico “ontológico” en el sentido de la teoría final de la acción de WELZEL, a partir del cual se pudiera derivar el contenido jurídicamente relevante del dolo y la imprudencia, el concepto de la teoría final del ilícito sí pudo imponerse ampliamente”; el mismo, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 1990, p. 83; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, reimpresión, Hamurabi, Buenos Aires, 2001, p.40; JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 118-121.: “ (...) En el caso de WELZEL fue el salto de la mecánica de los motivos hacia el sentido lo que le condujo a la estructura final de la acción. WELZEL, identificaba lo psíquico individual con el sentido social. (...) hay incongruencias como demuestra que limitase la realización del tipo a los comportamientos socialmente adecuados-entonces, parece ser posible concebir la imputación, como injusto, de manera objetiva, tratando el problema de si el autor podía comprender el sentido objetivo como un problema perteneciente a la culpabilidad. Entonces, acción sería todo aquello que objetivamente pueda entenderse como expresión de sentido; y la cuestión acerca de si podía evitarse individualmente la expresión de sentido debería resolverse en el ámbito de la culpabilidad (...) Esta solución parece justificarse por el hecho de que los seres humanos entran en contacto en la vida diaria en su condición de portadores de un rol y deben confiar en que los demás estarán en condiciones de desarrollar determinados comportamientos standard; así las cosas parece que la incapacidad individual puede tener efectos exculpatorios, pero no modifica el contenido de la expectativa”

Crítico frente a esta negación del concepto prejurídico de acción, HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, Obras Completas, T, I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, pp. 22, 23: “Lo mismo cabe decir del llamado concepto social de acción que continúa siendo opuesto al concepto final de acción de Welzel, por parte de la teoría dominante. Jeschek y otros autores afirman que la acción debe definirse como una conducta social humana relevante. Este concepto de acción desarrollado valorativamente abarca, según sus impulsores, indiferenciadamente, tanto el ejercicio de la actividad final como la causación imprudente de un resultado o de una omisión. Por consiguiente, del concepto final de acción no resultarían amplias consecuencias sistemáticas respecto de los requisitos generales del tipo de ilícito. La función del concepto de acción se agotaría, por el contrario, siempre según la línea argumentativa de quienes patrocinan este concepto de acción, en la exclusión negativa de aquellas conductas que desde un principio carecen de relevancia jurídico-penal, en particular, los simples reflejos corporales y los efectos no causados por seres humanos”

Con este concepto de acción se nos presenta nuevamente un producto dogmático artificial. Sus partidarios ya no preguntan por la estructura final de la acción humana independientemente de su relevancia jurídica, sino que se limitan a buscar valorativamente el mínimo denominador común que caracteriza a todos los hechos penalmente relevantes. Sin embargo, parece evidente que acción y omisión tienen recíprocamente las mismas relaciones que a y no-a o, lo que es lo mismo, acción y no acción, de tal forma que no cabe subsumirlas bajo un mismo concepto de superior de acción”; CERESO MIR, *Obras completas*, T, I, ARA, Lima, p.414; ZAFFARONI, *Derecho penal*, PG, Temis-Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 378; Mención aparte merece el concepto de acción de ROJAS VARGAS, *El delito. Preparación, tentativa y consumación*, IDEMSA, Lima, 2009, p. 27: “La acción es una variedad del comportamiento humano caracterizada por hallarse, en una escala de varias intensidades, conscientemente dirigida hacia una finalidad (orientación de sentido) y, por lo mismo, ser poseedora de naturaleza racional, como presupuesto, mínimo. Con base a esta noción de uso general que se propone, puede articularse una diversificada gama de lecturas críticas (por exceso o por defecto de sus componentes), deslegitimadoras (al considerarla una entidad ontológica, de escasa importancia para los fines jurídico-penales), de desarrollo (que partiendo de su papel central en la teoría del delito se perfeccionaría), complementadoras (

en los artículos 11, 12 y 14 de nuestro Código penal, mediante la interpretación del derecho positivo. Dolo e imprudencia son en definitiva, conceptos cuya determinación depende de las normas penales¹³⁷. En el Código vigente, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos-como el suizo o el austríaco¹³⁸- no nos dice lo que hay que distinguir como dolo e imprudencia. La distinción tiene gran relevancia práctica, ya que no sólo la imprudencia tiene una pena menor, sino que en caso de no concurrir el dolo, o sea su falta o inexistencia, en muchos casos determina la impunidad de la conducta.

El fundamento de la distinción entre ambas categorías radica en la infracción de deber, aquella que no es un elemento que diferencie al injusto del delito imprudente del doloso, sino que caracteriza a ambos¹³⁹. Le asiste la razón a un sector de la doctrina que considera¹⁴⁰, que se ha acentuado el incumplimiento del deber sólo en el delito imprudente, que “de ello se ha originado la equivocada impresión de que el hecho doloso no es antijurídico a causa de la discordancia debida per se”. “El incumplimiento de un deber no es ningún criterio especial del hecho imprudente sino un criterio del hecho antijurídico” (Münzberg)¹⁴¹. Es evidente que cuando el legislador define una conducta como típica establece el deber de evitar su realización. En el delito

al introducir en su estructura otras características), etc. Más allá de los méritos o precariedades de esas actitudes de valoración analítica, considero que el componente, “racionalidad” resulta decisivo para distinguir el comportamiento humano con sentido de otras manifestaciones de comportamiento imputable o atribuible al ser humano, o con mayor razón a la persona humana. Que la acción tenga características de racionalidad es una de las varias razones de importancia que le otorga legitimación al *ius puniendi* estatal en la esfera de los comportamientos humanos, sean estos individuales, colectivos, o en una hipótesis distinta pero igualmente posible, institucionales, para aludir con esta última caracterización a la imputación a personas jurídicas por actos de relevancia penal. Esferas de punición que exceden el contexto de las acciones racionales, no constituyen ni el núcleo ni el contenido del derecho penal, pudiendo interesar al ordenamiento jurídico. La racionalidad que adquiere el comportamiento penalmente relevante, se constituye así en el criterio de interpretación que nos permitirá consolidar un objeto de interés consistente para la materia penal, que confiera plena legitimidad tanto en lo social como en lo objetivo a la labor criminalizadora y decisoria que efectúa el Estado a través de sus órganos” ROJAS VARGAS, concibe la acción partiendo de los aportes filosóficos de HABERMAS, con abundantes referencias, Cfr. loc. cit., pp.23-82.

Para apreciar una panorámica del enconado debate sobre la acción, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, Grijley, 3ra reimpresión, Lima, 2009, pp.277-289., con abundantes referencias.

¹³⁷ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal...*, Bosch, Barcelona, 1982, p.222: “Dolo e imprudencia no son sólo fenómenos descriptivos sino también normativos”.

¹³⁸ FEIJÓO, *El dolo eventual...*p.16.

¹³⁹ BACIGALUPO, *Derecho penal*, PG, ARA, Lima, 2004, pp304-327; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, PPU, Barcelona, 1989, p.282; JAKOBS, *Derecho penal*. PG. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 271; PUPPE, *La distinción entre el dolo e imprudencia*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 88-108.

¹⁴⁰ En FEIJÓO, *El dolo eventual...*p.18.

¹⁴¹ En FEIJÓO, *El dolo eventual...*p.18. De la misma opinión LESCH y OTTO según anota FEIJÓO. En contra de esta tendencia EXNER, quien considera que el dolo es un concepto psicológico y la imprudencia un concepto ético, MIR PUIG, *Derecho penal*. PG, B de F, Séptima edición, Buenos Aires, 2005, 11/15: “El dolo y la imprudencia no tienen la misma naturaleza, porque el dolo es un contenido fundamentalmente psicológico, y la imprudencia, un fenómeno básicamente normativo”.

imprudente, en sentido contrario, se hace referencia al deber de cuidado como un deber menos evidente que, además, sirve, como criterio para delimitar el injusto específicamente penal. El autor doloso tiene el saber directo de evitar un hecho típico, mientras que el autor imprudente se ve afectado por un deber de evitación más indirecto o mediato: el deber de cuidado. Tal afirmación se conduce con lo establecido por nuestro código penal donde el injusto doloso es el prototípico y el imprudente aparece como excepcional (*numerus clausus*). Esta diferenciación de carácter sintáctico (lógico) y a su vez normativo, es posible gracias al artículo 12 que prescribe lo siguiente: “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos establecidos por ley”. Con lo cual el legislador ha optado por un sistema de *numerus apertus* para el dolo y de *numerus clausus* para la imprudencia.

1.2.- La imputación a título de dolo.

El injusto doloso se caracterizaría por una persona que toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcar intelectualmente), todas las circunstancias fácticas que convertirían ese hecho en un hecho típico¹⁴². En el injusto doloso el autor se decide con conocimiento del alcance de su decisión por una actuación penalmente relevante. Todo ciudadano que “tiene la realización del hecho típico ante sus ojos” está en el deber de evitar que se produzca ese hecho. En los delitos de resultado lesivo, el autor no puede conocer, desde luego el resultado, ya que cuando éste se produce el ordenamiento no le puede exigir que planifique nada¹⁴³. Sólo el posible conocer el pasado y el presente mas no el futuro, éste sólo se puede calcular, prever, predecir. Antes de la realización del tipo, sólo se puede pronosticar que el resultado se producirá o que se podrá producir. Para imputar una conducta a título de dolo basta con que una persona tenga la información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar el resultado lesivo. Es necesario que el autor abarque, intelectualmente el peligro que permite explicar el

¹⁴² FRISCH, concibe el conocimiento como: “registro de la materia relevante de la consciencia”; en DÍAZ PITA, *El dolo eventual...* p.291, define al conocimiento como: “aprehensión correcta por parte del sujeto agente”.

¹⁴³ De acuerdo con este criterio; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 401 y ss., ZIELINSKY, *Dolo e imprudencia*, Hamurabi, Buenos Aires, 2003, 15,16/31.

posterior resultado¹⁴⁴ o el riesgo idóneo, adecuado o suficiente para producir el resultado. En el conocimiento del peligro se encuentra implícito el conocimiento del resultado¹⁴⁵, y, desde luego la decisión del autor está vinculada con el resultado. Actúa con dolo el que conociendo el peligro lo omite (y es garante en casos de comisión por omisión). No se puede hablar en esta sede de un conocimiento seguro con respecto a los hechos futuros, empero, se puede hablar de un cálculo con base en el conocimiento de una serie de datos que se encuentran al alcance del autor. En suma, para imputar una acción a título de dolo, no hace falta tener un perfecto conocimiento de la situación, sino que la realización del hecho típico también se ha de contar con el azar y que se ha hecho o se hará lo necesario para controlarlo y evitar el resultado lesivo. El autor doloso, es alguien que conoce los elementos objetivos que pertenecen al tipo, es decir, que conoce las circunstancias concretas de un suceso real que corresponde con la abstracta descripción del tipo penal, con lo cual se prescinde del elemento volitivo como configurador del dolo. Este razonamiento se condice con lo prescrito por el código penal¹⁴⁶. El artículo 14 del Código penal atenúa la pena por la menor relevancia del

¹⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, p.268; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...* p.401.

JAKOBS considera que de forma paralela, la imprudencia consiste en poder conocer ése mismo riesgo, cuando utiliza la expresión “peligro-modelo” en *Derecho penal*. PG, 9/16.

De forma coincidente con estos criterios la sentencia del Tribunal Supremo español, en adelante T.S.E., del 23 de Abril de 1992, (M.P. BACIGALUPO). Primera parte, considerando tercero.

¹⁴⁵ CORCOY BIDAOSLO, *El delito imprudente...* p.270; DÍAZ PITA, *El dolo eventual...* pp.292 y ss.

¹⁴⁶ En efecto, el artículo 12 prescribe lo siguiente: “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos establecidos por ley”. De la misma opinión SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp.64 y ss.

FEIJÓO, *El dolo eventual...* p. 26/nota 26, al hacer el análisis de la tesis de FRISCH, opina lo siguiente:” no llega hasta las últimas consecuencias en su posición de negar el dolo en los supuestos de autores irracionalmente optimistas que conocen el riesgo típico pero confían en una salida no lesiva. Frisch le dedica un tratamiento extenso a esta cuestión debido a que es consciente de que supone una laguna en su exposición y una fractura en su concepto, que le acerca a las posiciones tradicionales. Pero el derecho, que marca la medida racional del aspecto subjetivo, no tiene por qué vincularse a decisiones irracionales. En este apartado del autor, irracionalmente optimista, Frisch hace depender la imputación a título de dolo no del conocimiento sino de la posición emotiva del autor frente a la consumación del tipo”. El centro de la crítica de Feijóo, se basa en la cuestión si el autor realizó un juicio correcto en referencia al riesgo, o su optimismo le impidió abarcar correctamente el riesgo típico. El carácter optimista del autor puede influir en su valoración del hecho, pero si se lo representa correctamente, el optimismo no debe influir en la imputación dolosa.

Se han manifestado en contra de la erradicación del elemento volitivo; DÍAZ PITA, *El dolo eventual...* pp. 99 y ss., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...* p. 60, 141; ella misma en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Bosch, Barcelona, 1996, p.279, afirma lo siguiente: “ Entre el dolo y la imprudencia existe una diferencia cualitativa esencial, un diferente contenido de injusto que justifica su diferente penalidad: en el dolo estamos frente a una realización de planes; en la imprudencia ante un simple descuido(...), la frontera viene dada por la decisión de la posible lesión de bienes jurídicos o, lo que es lo mismo, por la decisión consciente en contra del bien jurídico”.

injusto cuando falta el elemento intelectual, no establece ninguna consecuencia para la ausencia del “querer” relacionado con el tipo objetivo, en relación con el resultado.

Por esta razón la doctrina intenta desligar del “querer” la realización del tipo el “desear” la realización del tipo como algo irrelevante para la imputación del hecho. Por ejemplo, Corcoy Bidasolo señala que “para que sea posible de “querer” es necesario que se reconozca la existencia de los factores de riesgo que hacen posible la realización típica, si el sujeto, no conoce el riesgo inherente a su conducta, no es posible hablar de voluntad de realización típica”¹⁴⁷. Pero la distinción se basa en lo que le autor conoce de la realidad (la materia de referencia del dolo), que es lo que determina la existencia del dolo, lo que el autor “confíe” o “no desee” carece de relevancia. El hacer que la imputación dependa, a título de dolo, de datos psíquicos incurre en la arbitrariedad y obliga a tratar de forma desigual supuestos valorativamente idénticos. El confiar, esperar o ansiar que el resultado no se produzca a pesar de saber que se hace todo lo necesario para matar, lesionar o dañar es algo irracional y que no se puede tener en cuenta intersubjetivamente, y, por el contrario, una vez que se tiene dicho conocimiento lo que el sujeto espere o confíe no aporta nada a la valoración de un hecho como injusto doloso. De esta forma “las teorías de la voluntad” conducen a privilegiar de forma injustificada al autor especialmente temerario frente a otros más prudentes¹⁴⁸. El derecho sólo puede asumir de manera racional como relevante la confianza en la

¹⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...* pp.262 y ss., CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal.*, p.137: “no hay que confundir voluntad con el simple deseo”.

¹⁴⁸ Para JAKOBS, *Derecho penal, PG*, p.227, el dolo no consiste en querer producir el resultado, sino en no querer evitar la conducta típica, remitiéndose a la tesis de KAUFMANN; MIR PUIG, *Adiciones de derecho español al Tratado de Derecho penal de JESCHECK*, Bosch, Barcelona, 1981, pp.428 y ss.: “Quien “toma en serio” el peligro de su conducta y la quiere llevar necesariamente acepta dicha peligrosidad en el sentido de que, por lo menos, “se conforma” con ella (...) El “conformarse con la peligrosidad de la conducta es una consecuencia necesaria de querer dicha conducta tomando en serio su peligrosidad. Por tanto, no es necesario exigirlo como un elemento adicional”.

De una postura distinta, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...* pp.63 y ss., afirma: “El sujeto que conoce ese nivel de riesgo y, pese a todo, actúa, lo hace de forma dolosa: necesariamente consiente, acepta o se resigna con la eventual realización del tipo”. No exige que se demuestre en el proceso que el autor ha consentido, aceptado o se ha resignado con la eventual realización del tipo. Es decir, no trata al elemento volitivo como un elemento típico que necesariamente tiene que ser probado. Lo que en realidad afirma la autora es que la persona que conoce un riesgo típico y a pesar de ello actúa tiene que ser tratada a un nivel normativo como una persona que consiente, acepta o se resigna con la eventual realización del tipo. Es decir, el elemento volitivo opera como un adorno a efectos de la imputación. Afirma, además RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: “A partir de cierto nivel de riesgo la conducta es valorada normativamente como dolosa”, p.64.

Lo mismo cabe decir de LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. PG*, Universitas, Madrid, 1999, pp.426 y ss., quien ha denominado a su posición como “teoría restringida del consentimiento o aceptación”, esta teoría, hace que los datos psicológicos se entiendan de acuerdo a criterios normativos, si es que no se quiere caer en una presunción de dolo, en la que el autor actúa con dolo eventual, haya aceptado el resultado o así, curiosamente desde una perspectiva racional, no lo haya aceptado.

ausencia de resultado cuando el autor emprende las medidas de evitación mínimas o carece de información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando a pesar de saber que va a crear un riesgo o peligro se limita en confiar en el azar o que el resultado no se producirá por razones que ya no tienen que ver con su actuación. El que “tiene un hecho típico ante sus ojos” ya no podrá exonerar su responsabilidad por “haber confiado”¹⁴⁹. Por ejemplo, quien conduce un automóvil con la consigna “ya se apartarán los que vienen en el mismo sentido” se está comportando de manera dolosa. Si el autor conoce o calcula la situación concreta de peligro que le es imputable, él ya no puede excluir su accionar en argumentos tales como: “confíe en la ausencia del resultado” o “no lo tome en serio”, respecto a la aprehensión del peligro concreto. La distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente no depende de que

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...* pp.62 y ss. y *Responsabilidad penal...* pp.263 y ss., exige una confianza “razonable”, es decir, que tenga un mínimo de fundamento en su base racional. “La existencia de esa posibilidad de confiar de forma mínimamente fundada o racional en la no producción del hecho conforme a baremos objetivos es el presupuesto para poder afirmar que el sujeto confiaba en sentido penalmente relevante”, p.62: “Esa confianza ha de ser, en mi opinión, algo más que la esperanza ciega, supersticiosa o irracional. Para que sea penalmente relevante y tenga la virtualidad de excluir el dolo eventual es necesario un mínimo de fundamento o base racional, ha de ser una confianza razonable, lo que nos lleva al establecimiento de limitaciones objetivas a la posibilidad de confiar, limitaciones que vienen dadas, fundamentalmente, por el grado o magnitud del peligro que la acción representa y por las posibilidades de control del mismo”.

SILVA SÁNCHEZ, *Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad*, en *Estudios de Derecho penal*, GRIJLEY, Lima, 2000, p.109/nota 22, señala: “Si la confianza tiene un fundamento racional de hecho nos hallamos frente a una situación de error, pues el sujeto toma nuevos elementos de conocimiento (aunque erróneos) que incorpora a su conocimiento de la realidad. Si los fundamentos son irracionales, en cambio, la cosa es diferente, pues en tal caso, el sujeto conoce perfectamente la realidad, lo que difícilmente permite hablar de error”.

DÍAZ PITA, *El dolo eventual...* pp. 312 y ss., arguye la exclusión del dolo “no puede estar basada en creencias supersticiosas o en una confianza irracional del sujeto. Antes bien, su base deben construirla datos objetivos de la realidad que pudieran haber llevado racionalmente al sujeto a estimar que la situación para el bien jurídico no implicaba ningún riesgo o, a lo sumo, un riesgo abstracto de lesión”. En contra de estos autores, MIR PUIG, *Derecho penal*. PG, 10/100.

En la Sentencia del T.S.E., del 23 de Abril de 1992(M.P.: BACIGALUPO), (caso del aceite de colza), afirma en la primera parte considerando tercero: “Tampoco asiste la razón a la defensa cuando afirma que el dolo se debería excluir, pues la audiencia misma ha reconocido que el procesado confiaba en que el aceite llegara a los consumidores ya regenerado. Sin embargo, es necesario aclarar que la audiencia sostuvo también que “esa confianza no se apoyaba en un fundamento lo suficientemente racional” y, que el procesado no tomó ninguna que revelara algún esfuerzo por neutralizar los peligros propios de su acción. Por lo tanto, sobre estas bases no es posible afirmar el dolo, dado que, como es sabido, una esperanza infundada en la no producción del resultado revela en realidad la indiferencia del autor, pero en modo alguno puede ser alegada como fundamento de la exclusión del dolo. Éste sólo se puede excluir, como dolo eventual, cuando las medidas que el autor ha tomado para evitar el resultado le hubieran generado un error sobre el peligro real y concreto de su acción, dado que, en tales casos, habrá carecido del conocimiento de dicho peligro”.

En la segunda parte, considerando decimotercero, añade: “La jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite que se admita la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la “esperanza” de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor”. Este último argumento es al que suelen recurrir ahora las sentencias del T.S.E. y las sentencias de la Corte Suprema, al enfrentar el problema de delimitación entre el dolo eventual e imprudencia consciente.

el autor se tome en serio un peligro por él conocido, sino que conozca que el peligro se lo tiene que tomar en serio¹⁵⁰. El partir de una perspectiva normativa permite superar una visión que en demasía se ha centrado en el aspecto psicologicista del dolo. El autor que de acuerdo con los datos fácticos que se encuentran a su alcance enjuicia o procesa de forma correcta (coincidente con la realidad) el peligro o la situación de peligro debe tomar en serio la producción del resultado, por lo que la mera confianza en la ausencia del resultado no lo exonera ni total ni parcialmente de responsabilidad. De acuerdo con una concepción normativa del dolo, lo decisivo es que el autor conozca que el resultado típico, debe ser evitado, por lo cual, no habría que recurrir a datos psicológicos, que además de su difícil probanza, se expresan en: “no contara con”, “no tomara en serio”, la posible producción del resultado lesivo. Por ejemplo, contagiar conscientemente de forma típica con el VIH a otro no puede dejar de ser calificado como un injusto doloso por la mera razón de que el contagia, de manera optimista, confía en que la ciencia en poco tiempo encontrar la cura para tal enfermedad. Esta persona toma la decisión de realizar algo que ya permite explicar la muerte de una persona o es suficiente para explicar la muerte de una persona, dejando la producción del resultado al azar y no en su propio dominio. Por ello infringe una norma penal, contenida en un tipo específico y, por lo tanto, comete un injusto doloso.

Son varios los criterios de distinción que se han planteado hasta la actualidad sobre lo problemático que resulta las distinciones categoriales entre el dolo eventual y la imprudencia consciente¹⁵¹.

¹⁵⁰ Esta es la postura de HERZBERG, que es criticada por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*p.103: “una delimitación puramente objetiva, en la línea de HERZBERG, no puede aceptarse, pues vacía de contenido y desnaturaliza el tipo subjetivo. Es necesario y correcto establecer límites objetivos a las posibilidades de confianza del sujeto (grado de peligro, dominabilidad o control del riesgo, protección) (...) Pero, en la medida que hablamos de elementos subjetivos, lo decisivo no es ese dato objetivo, sino el real conocimiento y toma de posición, del autor frente al peligro: que el sujeto sea consciente de que con su acción pone en concreto peligro un bien jurídico, sin poder confiar ya en la evitación del peligro mismo, pero que no se conforme con el eventual resultado lesivo, sino que confíe “fundadamente” en poder controlar el peligro y evitar la lesión”.

Las coincidencias entre la postura de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS y HERZBERG son varias. En primer lugar ambos autores, coinciden en que no se puede hacer depender la imputación a título de dolo de criterios en estricto psicológicos, pero tampoco es admisible admitir tal imputación en base a presunciones. La imputación a título de dolo depende de criterios normativos con los que se valora el proceso psicológico que se ha realizado en la mente del autor. La normativización del dolo no tiene por qué implicar el desprecio o tratar en términos peyorativos los datos ontológicos o psicológicos.

¹⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, *Política criminal y dolo Eventual*, en *Obras completas*, IDEMSA, Lima, 2004, pp.238 y ss. quién considera que no existe una diferencia estructural entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, por ser el núcleo básico la creación de riesgos para los bienes jurídicos protegidos, no

Existen en la doctrina contemporánea criterios delimitadores que ofrecen soluciones aún más solventes y cuyas consecuencias prácticas si bien no solucionan la mayoría de los casos-límite, ya que estos podrían ser solucionados a través de los principios de garantía, muestran un rendimiento operativo en el plano dogmático. Vistos ya desde una perspectiva funcional anclada en valoraciones político criminales.

En lo que sigue pasaremos revista a los principales planteamientos teóricos que tratan de explicar el estado actual de la cuestión desde el elemento cognitivo del dolo negándole relevancia al elemento volitivo y otros esquemas que aún mantienen al elemento volitivo pero en un plano estructural distinto y aquellos que tratan de explicar la diferenciación de ambas categorías sólo en sus diferencias estructurales difíciles de adscribirlos a un sistema determinado.

En palabras de Hassemer “no se puede concebir una voluntad vacía de contenido”¹⁵², es decir que nadie puede querer algo que no es objeto de su conocimiento.¹⁵³ Este elemento es ponderado en de diversas maneras ya sea como co-consciencia, representación o probabilidad hasta los planteamientos basados en el conocimiento selectivo de los elementos del tipo hasta otros que lo insertan ya en el comportamiento típico. A continuación se hará un análisis y críticas de estos planteamientos.

existiendo como el mismo autor declara, una diferencia cualitativa entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, debiendo ser castigado el dolo eventual con una pena más leve que las otras dos clases de dolo. Siendo así el dolo eventual, un comportamiento culposo con un elemento subjetivo agravatorio del injusto. Incluso va más allá ya que desde una perspectiva político-criminal incluye la similar la penalidad de la culpa consciente a la de los hechos dolosos. “Ello en caso alguno significa un cambio en su estructura, así como atenuante subjetiva del injusto de un hecho culposo no convierte el hecho doloso en culposo, ni al revés la agravante subjetiva del injusto de un hecho doloso no lo convierte en algo distinto o superior”; loc.cit; 242. Este planteamiento se distancia de las teorías tradicionales. Sin embargo, considero que la solución a la problemática del dolo eventual no sería la más adecuada al incluir este último dentro del ámbito de la imprudencia.

¹⁵² HASSEMER, WINFRIED, *Los elementos característicos del dolo...* p.927 ADPCP, 1990.

¹⁵³ Véase HRUSCHKA, JOACHIM, *¿Realmente es “limitada” la teoría “limitada” de la culpabilidad?* pp. 128-143 en *Imputación y Derecho Penal*. Estudios sobre la teoría de la imputación. THOMSON-ARANZADI, MADRID.2005. Edición a cargo de Pablo Sánchez Ostiz. En este artículo HRUSCHKA describe la recepción del vocablo dolo que nos viene ya desde el Derecho Romano que ya en la época de Ulpiano fue calificado como *propositum* de allí que se haya aceptado al *dolus malus*, a través de los diferentes estadios de evolución, de la Edad Media hasta hoy no se ha podido desprender de nuestro orbe este *propositum*, sino que se ha tratado de mantener y explicar como un componente volitivo, claro está con los diferentes matices configurativos a través de las diferentes escuelas. Sostiene el autor en mención que el elemento volitivo del dolo debe ser absorbido por el elemento intelectual, desde el punto de vista hermenéutico.

1.3.- La tesis de Platzgummer: la co-consciencia:

La teoría de la co-consciencia está basada en la insuficiencia del conocimiento potencial como factor concurrente para el dolo. Los elementos del tipo son divididos: en primer lugar los elementos del tipo que se refieren a significados, o significantes perceptibles a los sentidos, que están contenidos en los elementos descriptivos del tipo; y en segundo lugar aquellas características del sujeto o sus obligaciones las cuales conforman parte de su consciencia y en base a experiencias anteriores sobre el objeto de incidencia, el sujeto es capaz de percibirlas de modo automático en toda su extensión, vale decir en su significado y su sentido. De esta manera el ejemplo propuesto por Platzgummer, un hijo que perdiendo el dominio sobre sí mismo pega a su padre percibe a esa persona que acaba de golpear como su padre sin necesidad de decirse a sí mismo “acabo de golpear a mi padre”, aparece la víctima en la mente del sujeto como una “síntesis psíquica” en la cual de modo automático se incluye la cualidad de “padre”, representa dicha cualidad una parte inmanente de la percepción actualizable del sujeto en su relación con el mundo exterior. Aparece así como un “complejo” único en la mente del sujeto¹⁵⁴.

Este primer grupo de elementos del tipo objetivo son, por tanto:

- a) Percibidos de forma global, como una “síntesis psíquica” por el sujeto.
- b) Abarcados en toda la extensión y significado de los mismos.
- c) Aprehendidos de forma **actual** y de manera no **expresa**.

En el segundo grupo de elementos se encuentran aquellos predicados o características que permanecen de manera duradera en el sujeto, las cuales forman parte de su conocimiento y constituyen la co-consciencia del sujeto que se caracteriza porque como tal no aparece de modo explícito. Así por ejemplo Platzgummer, en un delito de malversación: “Es muy posible que el funcionario que malversa piense, al realizar el delito, en esa cualidad personal suya, pero no por ello podrá alegar que ha actuado sin dolo por esa cualidad funcional: cuando alguien pregunta por esa cualidad, el sujeto no necesita para contestar ningún esfuerzo de la memoria, sino que la respuesta está

¹⁵⁴ DÍAZ PITA, María del Mar, *Dolo Eventual*, pp. 59 y ss.

siempre disponible en base a la vivencia inmediata y actual, sin necesidad de reflexionar y sin los característicos fenómenos que se presentan cuando se acuerda de algo”¹⁵⁵

Lo co-consciente es aquel contenido que no aparece de forma explícita en el sujeto, sino de forma implícita y que se observa de modo necesario y automático, vale decir los elementos abarcados por la co-consciencia:

- a) Se aprehenden de forma implícita, o sea, se sobreentienden, no es necesario una percepción expresa de los mismos.
- b) Este proceso de aprehensión implícita ocurre en toda situación de modo automático, siempre y cuando vayan referido a estas características u obligaciones que forman parte del sujeto.

A través de esta teoría se consideran insuficiente el conocimiento potencial que podría tener el agente respecto de los elementos constitutivos del tipo. Existen, no obstante, determinados elementos del tipo, como pueden ser los descriptivos o los que caracterizan la especial situación del propio sujeto, que pueden ser aprehendidos sin la necesidad de una actualización expresa en su psique. Ante esta situación Platzgummer, afirma que el conocimiento actual puede ser también efectivo o real de forma no expresa, es decir de forma implícita¹⁵⁶.

Esta forma de entender la percepción de los objetos del mundo exterior guarda estrecha relación con lo que Schmidhäuser denomina “conocimientos basados en el pensamiento material” que a su vez contrapone al “conocimiento basado en el pensamiento lingüístico”. La diferencia entre ambos tipos de conocimiento basados en la Filosofía y la Psicología del Lenguaje, la explica Muñoz Conde: “El conocimiento se adquiere ciertamente por el lenguaje, pero no siempre se manifestará a través de él. Una vez que

¹⁵⁵ DÍAZ PITA, María del Mar, *Dolo Eventual*, p.60.

¹⁵⁶ DÍAZ PITA, María del Mar, *Dolo Eventual*, p.61. Al llevar a cabo un agente una acción determinada los elementos del tipo, con especial referencia a los elementos normativos del tipo son conocidos por el sujeto siempre de modo co-consciente, lo cual implica que la actualización u “ordenación” de dichos elementos de forma psicológica, atendiendo a las implicancias de la co-consciencia, donde hay una incidencia mayor en los actos de percepción y de la memoria, ya que según esta teoría el sujeto tiene que abarcar toda la dimensión y significado de los elementos normativos del tipo y actualizar los conocimientos anteriores al mismo, excluyéndose los conocimientos potenciales.

hemos aprendido los conceptos a través del lenguaje no tenemos que servirnos de él para pensar en cosas, objetos o relaciones que existen o puedan existir”¹⁵⁷.

Aplicado a los ejemplos antes propuestos, significaría respecto del sujeto que, en una situación de pérdida de control le ha pegado a su padre, lo siguiente: este sujeto ha aprendido desde temprana edad a través del lenguaje, que aquella persona determinada con características tanto físicas como psíquicas es su padre, porque así lo ha oído repetidas veces a lo largo de su existencia. El sujeto sabe que esa persona es su padre basado en el pensamiento material, no necesita por lo tanto actualizar dicho conocimiento a través de palabras dicho conocimiento. Estas características basadas en el pensamiento material son aprehendidas por el sujeto, en el momento de la acción, aunque al mismo tiempo de forma implícita y automática por el sujeto. El conocimiento del sujeto es por tanto actual pero no expreso. Este conocimiento nos permite afirmar que el sujeto ha actuado de manera dolosa, pues la relación parental era conocida por él. El mismo argumento puede ser aplicado en el ejemplo del funcionario cuando realiza la malversación de fondos públicos a su cargo, percibe de modo actual pero implícito su condición de funcionario, el sujeto conoce en base al pensamiento material por él aprehendida de modo implícito permite imputarle tal conducta a título de dolo.

1.4.- Crítica a la tesis de Platzgummer

Teorías como la co-consciencia de Platzgummer o la del conocimiento basado en el pensamiento material de Schmidhäuser, son criticadas por no ser más que fórmulas para incluir en el concepto de dolo datos o elementos que no siempre quedan abarcados en este tipo de conocimiento actual exigido por el aspecto intelectual del mismo¹⁵⁸.

Estas teorías al pretender la generalización y automatismo en lo referido a la percepción del sujeto; sujeto que además ha de tener en cuenta experiencias anteriores. Sin embargo tales formas de automatismos presuponen de forma obligatoria que el sujeto actúe siempre de manera racional. Cuando en algunas figuras delictivas este accionar puede darse de manera irracional. Así por ejemplo: en un caso de violación a una menor de doce años, un sujeto movido ya sea por la excitabilidad u otras razones, decide excluir

¹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, *EL error en derecho penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p.30

¹⁵⁸ MUÑOZ CONDE, ob. cit. p.31

el dato de que se trata de una niña de doce años, lo hará de forma irracional. La consecuencia inmediata y el defecto que se desprende de esta teoría, la co-consciencia afirmada como un presupuesto de validez general, no podría solucionar los casos-límite con solvencia, porque implicaría una ampliación objetivista y desproporcionada del concepto de dolo¹⁵⁹.

La crítica de Köhler se basa en los presupuestos que construyen la teoría de la co-consciencia, tales como: necesidad, automatismo con los cuales se construye la “síntesis psíquica” constituyen el objeto principal de la crítica de este autor.

Las premisas de las cuales parte esta teoría llevaría a afirmar que todos los sujetos, perciben los objetos del mundo exterior de la misma manera, implicaría aceptar automatismos, negando la autodeterminación de cada individuo a emitir sus propios juicios, negando además que cada sujeto pudiese reaccionar de manera distinta frente a una situación concreta. Lo que encubre una presunción (prohibida) de dolo y excluyendo al mismo tiempo los errores en los que podría incurrir todo individuo.

Sin embargo Köhler acepta la forma global e implícita de la percepción de una situación por un sujeto, propone una perspectiva basada en cada sujeto, a sus especiales capacidades de percepción, de enjuiciamiento y de reflexión, guiándose para ello de indicios objetivos que sobre estos puntos estén a su disposición para verificar si el sujeto apercibió la situación de una manera determinada u otra distinta. Por ello en casos en la que solución no se presente como inobjetable se habrá de aplicar el principio de in dubio pro reo. Lo que es inaceptable es presumir que el sujeto de manera co-consciente abarcó con sus conocimientos todas las circunstancias de una situación determinada, que en realidad encierran una presunción de dolo.¹⁶⁰

Schewe, de manera similar a Köhler critica la validez general de esta teoría, pues con ella estarían inmersos dentro del concepto de dolo los estados pasionales y los llamados “actos en cortocircuito”, con lo cual en el ámbito de la imputación dolosa se vería ampliada. Además de ello, es necesario considerar que no todos los sujetos tienen la misma capacidad de percepción y de reflexión ante una situación determinada y es por

¹⁵⁹ DÍAZ PITA, María del Mar, *Dolo Eventual*, p.63.

¹⁶⁰ DÍAZ PITA, María del Mar, *Dolo Eventual*, p.63-66.

esta razón que esta teoría se torna insuficiente para solucionar los problemas que plantea el dolo a nivel intelectual¹⁶¹.

1.5.- Conocimiento actual y potencial

El conocimiento potencial y actual están relacionados con los grados máximos y mínimos de consciencia (sobre el particular la doctrina contemporánea trata esta problemática con diversa terminología: “saber, “conocer”, “ser consciente”, etc.

Por conocimiento potencial se entiende: “Aquel contenido de la memoria que normalmente permanece inconsciente pero que puede hacerse consciente a través de un particular proceso de actualización”¹⁶². Este grado mínimo de consciencia viene siendo considerado por la doctrina como suficiente si se refiere a la antijuridicidad. El conocimiento de la antijuridicidad basta con que sea potencial. Sin embargo, para afirmar la existencia de dolo, se exige que este conocimiento sea actual¹⁶³. Se trata de aquello que permanecía como inconsciente en nuestro fuero interno, en nuestra memoria, pasa a serlo de manera consciente, donde el sujeto percibe los objetos del mundo exterior, de forma consciente, este concepto descriptivo se hace mensurable bajo el aspecto de cuando traspasó el umbral de lo que en nuestra memoria y capacidades cognitivas permanecía inconsciente a lo que podría calificarse ya como algo consciente.

Sin embargo, para la imputación dolosa, estas disquisiciones poco ayudan a esclarecer los contenidos a tener en cuenta para constituir de forma eficaz el elemento intelectual del dolo. Con la expresión “actualización” se está aludiendo a fenómenos distintos: en

¹⁶¹ HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo...* p.925 y ss., se adhiere a la propuesta individualizante de KÖHLER, reemplaza la terminología usada por KÖHLER de indicios objetivos por indicadores externos, es en definitiva el Juez quien deberá calificar si el sujeto fue capaz de construir una “síntesis psíquica”.

¹⁶² DÍAZ PITA, María del Mar, *Dolo Eventual*, p.68

¹⁶³ La potencialidad del conocimiento con respecto a la antijuridicidad viene siendo considerado desde hace tiempo por la doctrina. Según Welzel, *El nuevo sistema de Derecho Penal*, trad. Cerezo Mir, Barcelona, 1964, p.106: “el dolo y el conocimiento del injusto requieren psicológicamente dos formas distintas de consciencia: aquél exige necesariamente la representación o la percepción, actual en el momento del hecho; el segundo se conforma con un “saber” inactual”. Siguiendo la explicación de Muñoz Conde, *El error en derecho penal*, p.45 y ss. al respecto: “ El primer tipo de conocimiento (actual) debe, pues estar presente en la configuración del tipo doloso; el segundo (potencial), por el contrario, puede faltar en el caso concreto sin que por ello quede excluida, ni siquiera atenuada la culpabilidad, ya que la esencia de esta categoría es el reproche que lo mismo puede formularse contra quien realiza el hecho consciente de su antijuridicidad, como contra quien lo realiza sin consciencia actual de la misma, pero teniendo la posibilidad de haberlo adquirido, si se hubiera esforzado para ello”.

primer lugar, cuando la doctrina habla de “conocimiento actual” como conformante del elemento intelectual del dolo, se refiere a “volver ser consciente”, los contenidos de la memoria que permanecían inconscientes pero que se encontraban ahí. El término actualización contiene a su vez un segundo significado, éste hace referencia a un proceso de carácter intelectual cual es la percepción por parte del sujeto de los elementos que conforman el tipo objetivo.

Con esta doble acepción se está de algún modo presumiendo que este proceso de percepción y la suma de objetos exteriores que el sujeto realiza es sinónimo de actuación dolosa, es decir se está presumiendo, que la suma de los contenidos psíquicos que se refieren a cada uno de los elementos del tipo dan como resultado el dolo, cuando estos contenidos psíquicos han alcanzado un grado suficiente de consciencia¹⁶⁴.

Se hace preciso distinguir, entre la suma de los contenidos intelectuales que se refieren a objetos del mundo exterior y la integración de los mismos que el sujeto lleva a cabo, pues estos procesos constituyen dos procesos psíquicos distintos, pero que tradicionalmente se han subsumido bajo el término “actualización”. La pregunta que surge de esta dicotomía es cómo se puede determinar que el sujeto ha percibido no sólo los objetos del mundo exterior sino también que ha llevado a cabo ése proceso de integración de los mismos y los ha enjuiciado en sus justos términos. Según Hassemer¹⁶⁵: “sólo la situación de peligro contiene datos observables. La representación del agente sobre esa situación (...) sólo es deducible a través de indicadores. (...) En el nivel cognitivo de la representación del peligro se determina por ejemplo, la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto), su capacidad de percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de las mismas por capacidades innatas o adquiridas profesionalmente) complejidad versus simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc.” La valoración de todos estos datos, llamados por Hassemer “indicadores externos”, permite al menos un mejor enjuiciamiento a efectos de imputar una conducta como dolosa o no.

¹⁶⁴ DÍAZ PITA, María del Mar, *Dolo Eventual*, p.69. Afirma Díaz Pita que “con ello el problema a resolver se reduce a determinar el grado adecuado de consciencia con que estos contenidos deben ser percibidos por el sujeto. Con ello no se está pasando por alto que el elemento intelectual del dolo no ha de ser simplemente un registro que el sujeto realiza de todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo”.

¹⁶⁵ HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo...*p.929.

1.6.- Valoración Crítica

1. Visto lo expuesto se hace necesario rechazar un concepto estrictamente psicológico, pues la imputación dolosa es un juicio descriptivo que viene dado por la norma. Sin embargo no se debe descartar de plano la base empírica que plantea la psicología para la conformación del elemento intelectual, elemento que por lo demás plantea difíciles problemas de índole probatoria.
2. Estos problemas de índole probatoria, conllevan a que para la comprobación de un comportamiento doloso se tenga que recurrir a “indicadores externos” en la terminología usada por Hassemer que al igual que Köhler defienden esta tesis y que viene siendo asumida por la jurisprudencia¹⁶⁶.
3. Esta deducción a partir de los “indicadores externos” debe hacerse individualizable y en cada caso en concreto, para circunscribir el “conocimiento” ante una situación determinada y si es que esta es imputable a título de dolo o no.
4. Ante la imposibilidad empírica de demostrar conocimiento del agente, está deberá hacerse en base a indicadores que puedan demostrar la aprehensión situacional del agente en cuanto respecta al elemento intelectual del dolo. La presencia de “contra-indicadores”, de datos externos que contradigan la existencia del conocimiento en el dolo obligará al Juez a negar la premisa que el sujeto conoció.

Esta aprehensión situacional, además debe hacerse de manera correcta, por correcta, ha de entenderse, el conocimiento exacto de los elementos que conforman el tipo objetivo y la apreciación correcta de la situación.

¹⁶⁶ DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, p.71, contrasta esta tendencia en la Jurisprudencia a través de la Sentencia del 14 de Junio de 1991 del Tribunal Supremo Español que declara: “El elemento subjetivo no se exterioriza de la misma forma que el objetivo. Ha de deducirse el comportamiento externo, es decir, de las circunstancias que anteceden, rodean y siguen al acontecer delictivo configurándolo”.

Tanto en el dolo directo como en el dolo eventual debe existir un verdadero conocimiento de la situación típica en el sentido del conocimiento exacto, es decir, exento de errores de los elementos que componen el tipo objetivo del delito del que se trate¹⁶⁷¹⁶⁸.

La exactitud del conocimiento por parte del agente respecto de la situación típica la limita, según Kindhäuser¹⁶⁹, a la capacidad de aquél para evitar el resultado lesivo. Para este autor se pueden dar dos clases de error: error sobre la capacidad productiva del agente y error sobre la capacidad preventiva del mismo. En el primer caso el agente parte de la premisa errónea de que su acción no es adecuada para causar el resultado y, en el segundo, el agente cree erróneamente poder evitar dicho resultado. En ambas situaciones el agente parte de premisas equivocadas. Pero este error sólo puede tener relevancia cuando aún exista la posibilidad de que el sujeto ejerza control sobre el desarrollo causal de la situación. Y este control sólo será efectivo si podemos constatar que el sujeto aprehendió de modo correcto la situación. Cuando este control se ha perdido, cuando el sujeto ya no domina la situación, no podrá alegar que erró sobre su capacidad preventiva, puesto que la situación escapaba ya de la esfera de su dominio¹⁷⁰.

Por otra parte, este conocimiento erróneo del agente sobre su capacidad preventiva puede ser un dato más a tener en cuenta a la hora de juzgar si el sujeto conoció o no, y con ello, afirmar que su actuación fue dolosa o, por el contrario imprudente¹⁷¹.

El Juez, con la ayuda de las circunstancias externas, empíricamente contrastables, deberá llegar a la conclusión que el agente aprehendió la situación de modo correcto, al no haber contra-indicadores que lo refuten¹⁷².

¹⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Observaciones sobre el conocimiento eventual y la antijuridicidad*, 1987, p.652.

¹⁶⁸ Esta tesis se ve reforzada por el tratamiento que hace nuestro Código Penal otorga al error de tipo.

¹⁶⁹ DÍAZ PITA, María del Mar, *Dolo Eventual*, p.73

¹⁷⁰ CORCOY BIDASOLSO, Mirentxu, *El delito imprudente*, PPU, Barcelona, 1989, p.283. Afirma: “Este error no podrá, por el contrario, apreciarse nunca cuando el autor no tiene ninguna clase de control sobre las posibles consecuencias de su comportamiento. Esto sucede en aquellos casos en los que el autor, una vez creado el riesgo-y conociendo su efectiva virtualidad-deja de controlarlo, por lo que no se puede tener **confianza racional en la ausencia del resultado**”

¹⁷¹ DÍAZ PITA, María del Mar, *Dolo Eventual*, p.74. Estima la autora, que la delimitación entre ambas figuras no puede basarse solo en este criterio. La aprehensión correcta de la capacidad preventiva por parte del agente se engloba en un concepto más amplio de aprehensión correcta de toda la situación, de la que sin duda, esta capacidad preventiva forma parte.

¹⁷² En este sentido, véase HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo...* p.928.

Respecto al contenido de ese conocimiento exacto, es decir, de lo que deber ser abarcado por el elemento intelectual del dolo, se han propuesto en la doctrina tres teorías:

1. Aquella que apunta el conocimiento global del tipo objetivo.
2. Aquella que defiende un conocimiento selectivo de dichos elementos.
3. Aquella que preconiza el conocimiento del comportamiento típico.

Cada una de ellas pretende erigirse como suficiente frente a la delimitación del dolo eventual y la imprudencia consciente. A continuación, pasaremos revista sobre ellas.

1.7.- Conocimiento del tipo objetivo

Los autores que defienden esta teoría postulan que son todos los elementos del tipo objetivo son los que deben ser abarcados por el conocimiento del agente.

“El dolo es conocimiento y voluntad de la realización del tipo”¹⁷³

“El dolo”, según Jeschek “significa conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal (...) El conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo situados en el pasado y en el presente; además, el autor ha de prever en sus rasgos esenciales los elementos típicos futuros, en especial, el resultado y el proceso causal (...) . Constituyen punto de referencia del dolo todos los elementos del tipo objetivo. Los más fáciles de conocer para el autor son los objetos del mundo real externo, en cuanto son inmediatamente accesibles a la observación (persona, animal, hombre, mujer, edificio, nave, puente, conducción de agua).

Además, en los delitos de lesión el autor debe haber conocido (...) la lesión, y en los delitos de peligro, la concreta puesta en peligro del objeto de acción. (...) En los delitos de resultado el dolo también debe abarcar el curso causal. Tratándose de elementos descriptivos del tipo que presupongan un conocimiento espiritual, habrá de aprehenderse su sentido natural (por ejemplo, “dañar”). Por lo que se refiere a los

¹⁷³ WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 76 y ss.: “El dolo tiene un aspecto intelectual y otro volitivo, el aspecto intelectual abarca el conocimiento actual de todos los elementos objetivos que conforman el tipo legal”.

elementos normativos del tipo es preciso pleno conocimiento de su significado. (...) Sin embargo, no ha de entenderse por conocimiento del significado una exacta subsunción jurídica sino que es suficiente la “valoración paralela en la esfera del profano”¹⁷⁴.

Podemos encontrar su correlato en la obra de Muñoz Conde: “El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal, o imputación objetiva, objeto material, etc. Así, por ejemplo, el tipo subjetivo de homicidio requiere el conocimiento (...) de que se realizan los elementos objetivos del tipo de homicidio: que se mata, que la acción es adecuada para producir la muerte de otra persona, que la víctima es una persona y no un animal, etc.”¹⁷⁵¹⁷⁶.

Cerezo Mir por su parte, sostiene que “el elemento intelectual del dolo, comprende la consciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción del resultado, en los delitos de resultado material. En estos delitos, el dolo comprende, asimismo, la previsión del curso causal entre la acción y el resultado”¹⁷⁷.

Bustos Ramírez, afirma: “el dolo, al recaer sobre las características objetivas de la tipicidad, no sólo abarca las puramente descriptivas sino también las normativas”¹⁷⁸.

La tesis “tradicional” se puede resumir de la manera siguiente: la imputación de una acción a título de dolo, bien sea dolo directo o dolo eventual, requiere del conocimiento por parte del autor de todos los elementos que conforman el tipo objetivo del delito que se trate. El objeto del conocimiento lo constituyen, los elementos descriptivos, respecto

¹⁷⁴ JESCHEK, *Tratado de Derecho penal*. PG. Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Editorial COMARES. GRANADA, 2002, pp. 328 y ss.

¹⁷⁵ MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito*, Valencia, 1990. p.61.

¹⁷⁶ MIR PUIG, *Derecho penal*. PG. 7ma edición, B de F, Buenos Aires, pp. 224,225 y 258. Según MIR PUIG, “el objeto del dolo natural se integrará de elementos descriptivos y normativos. Ambos pueden a su vez constituir elementos esenciales y accidentales”, definiendo los elementos descriptivos como aquellos que “expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos” y los normativos como aquellos que “aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social”. “Sean descriptivos o normativos los elementos del tipo que ha de abarcar el dolo pueden ser esenciales o accidentales. Utilizo esta expresión para (...) expresar la diferencia que existe entre aquellos elementos de los cuales depende la presencia del delito que se trate (esenciales) y aquellos cuya concurrencia sólo determina la agravación o la atenuación del delito base, por lo que su ausencia no lleva consigo la de éste (accidentales)

¹⁷⁷ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*. PG. 3ra edición, Madrid, 1990. p.347.

¹⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español*. PG. Barcelona, 1984. p.209.

de los cuales se exige un conocimiento actual dada la accesibilidad empírica de los mismos, como los normativos, respecto de los cuales, dada su naturaleza, no se exige una exacta subsunción jurídica bastando con la fórmula tradicional de la “valoración paralela en la esfera del profano”. En cuanto al resultado, entendido como elemento integrante del tipo objetivo de los delitos de lesión (y de peligro), éste ha de incluirse también dentro de la esfera cognitiva del sujeto, si bien los autores, como hemos podido demostrar, exigen tan sólo la previsión del mismo con distintos grados de probabilidad¹⁷⁹.

2.1.- Las teorías volitivas

Desde la perspectiva de la teoría causalista, se distinguen dos conceptos de voluntad. En primer lugar, la voluntad entendida como mera voluntad de causar, y en segundo lugar, el contenido de esa voluntad. La voluntad en la acción se entiende desde la perspectiva causalista se entiende como “simple inervación causal, impulso de la voluntad, ciega puesta en marcha de un curso causal, voluntad de causar, en suma”. “Esta separación tajante de la voluntad (causación) y su contenido comportó una consecuencia fundamental para la teoría del delito: la separación entre lo externo- objetivo, es decir, lo atinente a la investigación y desvaloración penal del proceso causal iniciado por una acción y concluido por el resultado, y lo interno-subjetivo, es decir, todo lo concerniente a la investigación y desvaloración penal del contenido de la voluntad. En la teoría jurídica esta bipartición (...) se plasmó en la división entre la tipicidad y la antijuridicidad, por un lado, y culpabilidad por otro. Las dos primeras categorías se ocupaban de lo externo-objetivo o causal, y la tercera de lo interno subjetivo, es decir, el contenido de la voluntad”¹⁸⁰. El contenido de la voluntad, entonces se comprende en el ámbito de la culpabilidad, como la relación psicológica entre el autor y el hecho. Dicha relación puede ser dolosa, si la voluntad del sujeto se dirigió precisamente a causar el resultado típico, o imprudente, si la voluntad del sujeto no se dirigía a causar el resultado típico, pero este se produjo debido a la acción causal del sujeto. Esta doble vertiente de la voluntad como mero impulso causal, por un lado, y como dirección de la misma a un objetivo determinado, se suaviza levemente con el concepto causal-

¹⁷⁹ DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*, p. 79. Nota 67, con mayor acuciosidad respecto a las teorías de la probabilidad

¹⁸⁰ Vid. Gómez Benítez, *Teoría Jurídica del delito*. p. 53.

neokantiano de acción. Su precursor Mezger, define la acción como “realización de la voluntad del ser humano”¹⁸¹

La voluntad ya no es concebida en su aspecto mecánico-natural, es decir, como característica humana que se manifiesta en la producción de un movimiento corporal, que de causa a su vez, una modificación perceptible, por los sentidos, sino como una característica que dota de cierto sentido al actuar humano. Este “cierto sentido” es el que pude afirmar que un ser humano realiza un comportamiento determinado. Desde esta perspectiva, se abandona, la interpretación de la voluntad en la acción como mera invención para pasar a un concepto de voluntad como característica del comportamiento humano. Sin embargo, los defensores de la misma teoría mantuvieron la escisión entre voluntad en sí misma considerada (característica de un comportamiento humano) y en un plano diferente, el contenido de la voluntad, seguiría conformando la culpabilidad en sus dos formas de aparición: como dolo o culpa.

Desde la perspectiva de la teoría finalista, la voluntad es entendida como “(...) actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función de un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento”¹⁸². Con estas palabras expresa Welzel el punto fundamental de la teoría de la acción finalista, que defendió en contra de la perspectiva causal-naturalística de sus predecesores.

La voluntad en la teoría final constituye un elemento básico de la acción: “Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente, sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción”¹⁸³.

¹⁸¹ Mezger. *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1935, pp. 28 y ss.

¹⁸² Welzel, *El nuevo sistema...*p.25

¹⁸³ WELZEL, *El nuevo sistema...*p.26

La distinción opera en dos planos, entre voluntad observada desde una perspectiva psicológica, como proceso interno de formación de la voluntad, y la concepción de voluntad que interesa al Derecho penal (como objetivo o contenido de esa voluntad con el mundo exterior), se aúna en la teoría final, en un solo concepto, la dirección final de la acción, desarrollado en dos fases: la primera, que transcurre en el plano del pensamiento, y la segunda, que tiene lugar en el mundo real. La voluntad, pues, se expresa, como una unidad que rige la acción humana, compuesta por dos fases: formación interna de la voluntad y desarrollo de la misma en el mundo real.

La primera fase, es decir el proceso interno de formación de la voluntad, abarca, a su vez tres pasos:

1. La anticipación del fin que el autor quiera realizar.
2. La selección de los medios de realización.
3. La consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin.

En cuanto a la segunda fase, acota Welzel: “se desarrolla en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento. Si no se logra el dominio final en el mundo real- por ejemplo, el resultado, no se produce por cualquier causa- la acción final queda sólo intentada”¹⁸⁴.

La acción final adquiere una doble connotación, la primera presidida por la planificación interna del sujeto de la consecución del fin que se persigue; y la segunda, la materialización en el mundo real de ese fin, atendiendo a la planificación que el sujeto ha llevado a cabo en su representación. Por ello “es preciso tener en cuenta (...), que sólo han sido producidas finalmente aquellas consecuencias a cuya realización se extendía la dirección final¹⁸⁵” La consecuencia de tal afirmación es la siguiente: “Todos los demás efectos concomitantes, que no estaban comprendidos en la voluntad final de realización, porque el autor no había pensado en ellos, o había confiado en que no se produjeran, se realizan de un modo puramente causal”¹⁸⁶. Welzel denuncia la confusión

¹⁸⁴ WELZEL, *El nuevo sistema...*p.27.

¹⁸⁵ Welzel, *El nuevo sistema...*p.28.

¹⁸⁶ WELZEL, *El nuevo sistema...*p.28 y ss.: “La voluntariedad” significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor”. Es decir, mera intervención de la voluntad que pone en marcha un proceso

existente entre los defensores de la teoría causalista, en donde aún no aparece una distinción diáfana entre los términos “voluntariedad”, “finalidad” o “voluntad final”. Para estos últimos, al sustraer del concepto de voluntad el contenido de la misma, todas las acciones puestas en marcha por un sujeto son voluntarias, en tanto no exista un impedimento exterior o interior que impida la realización de dichas acciones. Este concepto vendría a coincidir con lo que Welzel llama “voluntariedad”¹⁸⁷.

En la teoría negativa de la acción, la voluntad es reconducida a la acción, así lo explica Schmidhäuser: “Lo que no se puede negar, por lo menos a lo que se refiere a los delitos de acción (en contraposición a los delitos de omisión) un hacer no sólo es conocido sino también querido, es decir, una voluntad, pertenece a la estructura de un hecho delictivo (...). Esta voluntad, no obstante, no abarca esquemáticamente todo el tipo objetivo, sino sólo el suceso a cuya consecución tiende el sujeto, es decir en la acción”¹⁸⁸.

La voluntad bien se trate de los defensores de las teorías volitivas o cognitivas ocupa un lugar en la teoría del delito, siendo, precisamente la adecuación de este lugar en una u otra categoría delictiva la fuente de la mayoría de los problemas planteados. Los autores que postulan la teoría negativa de la acción, lo hacen reconduciendo el componente volitivo como esencia de su concepto de acción.

De esta manera explica Herzberg, explicita lo que a su entender conforma el concepto negativo de acción:

“ El lector debe hacer un experimento mental: hemos de imaginarnos la realización activa de un tipo y tachar mentalmente el proceso de la finalidad, de la dirección

causal. Para el finalismo, por el contrario, hablar de voluntad exige, necesariamente, aludir al contenido de la misma, que es precisamente lo que separa a los actos humanos de, por ejemplo, los hechos producidos por una causa natural: “ A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas, sin ella sólo queda voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado” .Este contenido determinado, que nos permite hablar con propiedad de acción final, no se refiere, sin embargo necesariamente al objetivo de la misma, el contenido de esta voluntad puede estar integrado bien por el fin deseado por el sujeto, bien por el medio utilizado o bien por un efecto concomitante. “Una acción final de matar” afirma WELZEL “ se da no sólo en caso que la muerte fuera el fin de la conducta voluntaria, sino cuando era el medio para un fin ulterior (por ejemplo, para heredar el muerto), o si era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización”.

¹⁸⁸ Díaz Pita, *El dolo eventual*, p.157.

voluntaria del proceso que emana del cuerpo humano, de manera que lo demás, especialmente la inevitabilidad del suceso, la fuerza para detenerlo, permanezca. Por ejemplo, se produciría el daño de la cosa ajena cuando alguien reposa en un sofá extraño y, dándose cuenta de que sangra por la nariz, no se levanta para evitar que la sangre manche la tapicería; o se produciría una perturbación en un funeral cuando uno de los asistentes molestara a los demás con su carcajada no querida y en vano reprimida, aunque podría haber evitado tal molestia yéndose del funeral rápidamente”

La consecuencia que Herzberg extrae del ejemplo es la siguiente: “De inmediato se ve que sucesos corporales de esta naturaleza, no queridos, son suficientes para la realización de un tipo. El “dejarse ir”, la no evitación consciente del resultado, a pesar de tener capacidad para ello no basta”. “La voluntad- continúa Herzberg- es, pues, un elemento esencial de la acción humana y, con ello, un elemento esencial de los delitos de acción. Sin embargo, la voluntad no es esencial para la realización del tipo”.

Los pilares básicos de la teoría de Herzberg son los siguientes: en primer lugar, desestima dos postulados a su parecer erróneo y tradicional, el considerar a los delitos de acción como el modelo básico del delito y dolo directo de primer grado como forma básica del dolo. En segundo lugar, como defensor de las teorías cognitivas acude al criterio del “peligro desprotegido” como objeto de conocimiento del dolo, rechaza por ello la necesidad de mantener el elemento volitivo como componente del dolo. En tercer lugar, admitiendo la presencia de la voluntad en el actuar delictivo, como también hace Schmidhäuser, traslada, al igual que los defensores de las teorías cognitivas, el elemento “voluntad” a la acción.

Es decir, la voluntad forma parte del delito, si bien su localización en el dolo no es acertada. Aunque la tesis de Herzberg, va aún más allá al afirmar: “si bien la voluntad forma parte de la acción, no es esencial para la realización del tipo”, traslada este análisis para observar su capacidad de rendimiento al ámbito de los delitos de omisión en donde no se da un comportamiento activo y sin embargo se realiza el tipo. En esta clase de delitos la voluntad no es esencial, el sujeto lleva a cabo una acción, con lo cual la voluntad tampoco parece, sin embargo, al mantener la capacidad de evitación del resultado lesivo (que junto a la posición de garante son, según Herzberg, los elementos comunes básicos que se dan en todo delito), el sujeto de hecho está realizando el tipo.

La capacidad del resultado lesivo constituye, según Herzberg, junto a la posición de garante, los elementos comunes que aparecen en todo delito. La capacidad de evitación aparece en la tesis de Armin Kaufmann, precisamente en una posición contraria a la de Herzberg: en efecto, para Kaufmann, la capacidad de evitación de un resultado lesivo constituye el criterio utilizado por este autor para diferenciar los comportamientos dolosos (en caso de dolo eventual) de los comportamientos imprudentes. Este criterio pertenece, pues, en exclusiva a los delitos realizados con dolo eventual (distinguiéndose así de los delitos imprudentes)¹⁸⁹.

2.2.-Valoración Crítica

En sí la tesis de Herzberg guarda algunas similitudes con las tesis de las teorías causalistas. Desde esta perspectiva la acción se divide en dos partes, un proceso causal externo por un lado, y el contenido de la voluntad por otro. El primero de carácter objetivo, se localiza en el ámbito de la tipicidad. El segundo de carácter subjetivo, aparece ubicado en la culpabilidad. Una división de esta naturaleza es la que lleva a cabo Herzberg al reconducir a la voluntad como elemento exclusivo de la acción, con lo cual queda excluida como elemento del dolo.

Pero además la voluntad ya ni siquiera sería necesaria para realizar el tipo determinado. Como se ha podido apreciar en los ejemplos propuestos por este autor, acciones corporales no voluntarias son juzgadas por este autor como adecuadas para realizar el tipo objetivo. La voluntad es considerada como poco relevante, puesto que su presencia no es necesaria al momento de imputar a un determinado sujeto un tipo doloso.

La división de la voluntad como impulso que pone en marcha la acción y voluntad dotada de contenido fue criticada ya por Welzel: “El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y

¹⁸⁹ Vid. KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*. Trad. Suárez Montes, ADPCP, 1960, pp.185 y ss.

convierte la acción en un mero proceso desencadenado por un acto voluntario cualquiera (“acto voluntario”).

Desconoce que toda acción es una obra (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige al suceder causal”¹⁹⁰. El hombre, al actuar, inicia un proceso impulsado por la voluntad, pero no una voluntad ciega, sino una dirigida hacia un fin determinado. La teoría de la acción causal desconoce este acontecer: “ El contenido de la voluntad , que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige, conforme a un plan sobre la base del saber causal, el suceder externo, se convierte en un mero “reflejo” del proceso causal externo en el alma del autor. Con ello la doctrina de la acción causal invierte completamente la relación entre voluntad y acción”¹⁹¹. Herzberg por su parte, relega la voluntad a un mero impulso que pone en marcha una acción humana, sino que, además considera irrelevante para afirmar la realización de un tipo penal. Y la voluntad, que no se precisa para la realización de un tipo, sólo es componente necesario de la acción (no de la omisión) y, por tanto, de los delitos de acción; sin embargo la presencia de la voluntad “sólo nos garantiza la capacidad de evitación del sujeto, que es de lo que realmente se trata”¹⁹². En los ejemplos propuestos por el autor de esta teoría, incluso las acciones no regidas por la voluntad son aptas para realizar el tipo descrito en el tipo penal.

En el seno de la doctrina alemana, esta postura ha sido criticada por Brammsen¹⁹³, los ejemplos propuestos por Herzberg distan mucho de ser ejemplos de delitos de omisión, son, en cambio ejemplos de delitos de acción. Así en los ejemplos propuestos por Herzberg el sujeto activo no configura la realidad, sino que este es visto “como una víctima desamparada implacable de los hechos”-acota Brammsen, el sujeto activo no realiza de ningún modo un proceso causal para un bien jurídico, antes bien deja con su hacer que algo suceda. Con ello se aprecia al sujeto activo como un figurante de un acontecer extraño para él. La realidad sin embargo, es distinta pues es el sujeto activo el que configura el acontecer, además de ello Herzberg parece desconocer que formas de comportamiento: como reír o llorar no son “sucesos corporales queridos”, que puedan

¹⁹⁰ WELZEL, *El nuevo sistema*. p. 32

¹⁹¹ WELZEL. *El nuevo sistema*. p. 33

¹⁹² DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p.161.

¹⁹³ Cfr. Díaz Pita, *El dolo eventual*, pp. 161-165

compararse, por ejemplo con acciones automáticas o actos reflejos. Aun así Brammsen- acota con propiedad- en este tipo de acciones el sujeto no omite sino que actúa: “Desde luego es posible omitir la risa o el llanto, pero reír o llorar por omisión es una formas desconocida hasta ahora de expresión corporal”.

Si el sujeto, volviendo al ejemplo propuesto por Herzberg, pudiendo dominar su risa en un funeral, no lo hace estará cometiendo una falta de respeto al difunto. Pero es su acción (el reír) lo que justificaría la aplicación en su caso del correspondiente tipo penal pero no la omisión de su risa¹⁹⁴.

En cuanto al segundo ejemplo como acota Brammsen: “sangrar es un suceso corporal que rara vez- probablemente los faquires puedan hacerlo-será controlable por la voluntad humana”. Es por ello que el sangrar suele ser imprevisible y escapa de cualquier tipo de control o dominio. En esta clase de situaciones, se puede afirmar la casi incompleta capacidad del sujeto para tomar medidas tendentes la lesión de un bien jurídico determinado¹⁹⁵(como sería el manchar un sofá donde se sienta). El principio básico de la capacidad de evitación del resultado lesivo por parte del sujeto falta, en estos casos, con lo cual la exigencia de responsabilidad penal se torna inexigible. En cuanto la ley no prohíbe los sucesos corporales susceptibles de control y sus repercusiones; lo que prohíbe la utilización de dichos sucesos corporales como para provocar la lesión de un bien jurídico protegido¹⁹⁶. Aplicando esta afirmación de Brammsen al ejemplo de Herzberg, ello significaría que lo que la ley prohíbe no es la emanación imprevisible de sangre, sino su uso, consciente y dominable, como medio peligroso para la realización de un tipo penal. Este uso es, precisamente lo que se enjuicia como comportamiento punible. Los ejemplos propuestos por Herzberg, que los presenta como casos de omisión, en los cuales la voluntad resulta irrelevante, pero a pesar de ello, resulta adecuada para la realización de un tipo. Con ello pretende este

¹⁹⁴ Para entender mejor el ejemplo propuesto por HERZBERG es necesario acudir al párrafo del artículo 166 del StGB, donde se contemplan aquellas acciones que pudiesen perturbar el pacífico desarrollo de una ceremonia religiosa. El párrafo primero estipula lo siguiente: “El que públicamente o por escrito ofendiera el contenido de una religión o cualquier otra expresión ideológica de manera que pueda alterar el orden público, será castigado con pena privativa de la libertad hasta por tres años o con pena de multa”.

¹⁹⁵ En el párrafo 303 del StGB, se contempla el delito de daños. Este prescribe lo siguiente: “El que de modo antijurídico dañe o destruya una cosa ajena será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con pena de multa. La tentativa también es punible”.

¹⁹⁶ Brammsen en DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 164.

autor demostrar la ineficacia de la voluntad, no sólo como elemento del dolo, sino también como elemento imprescindible para que un tipo penal que se lleve a cabo se realice. Sin embargo tras la crítica de Brammsen se ha podido apreciar que ambos ejemplos propuestos por Herzberg no se tratan más que de delitos de acción.

De ello se pueden inferir algunas consecuencias importantes. La presencia de la voluntad en el primer estadio de la teoría del delito, en la acción, es innegable, sin ella, no se le podría imputar un tipo a un sujeto. Y la diferencia entre acciones humanas y acontecimientos naturales resultaría imposible, desde el punto de vista de la imputación penal. Ello implicaría la imposibilidad de distinguir los actos reflejos, estados de inconsciencia o de medio insuperable en el plano de la acción. Sin negar estas premisas, la voluntad, puede llegar a jugar un papel importante dentro de la conformación del concepto de dolo como dato empírico.

2.3.- Recapitulación y valoración global

El punto sobre el cual se centra la polémica es el de la comprensión del resultado (elemento constitutivo del tipo objetivo), como objeto de conocimiento. Para los defensores de las teorías cognitivas el grado de previsión del resultado constituye el criterio esencial para trazar la línea divisoria entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, para otro sector de la doctrina, entiende que el resultado nunca deberá ser abarcado por el autor en el momento en el que se lleva a cabo la acción. El resultado, carece de relevancia a la hora de intentar delimitar ambas figuras. Esta postura desarrollada por Frisch y Zielinski desde diferentes fundamentos como veremos más adelante, constituye la principal crítica al tipo objetivo visto en su totalidad como objeto adecuado del conocimiento y hace una reinterpretación del tipo objetivo de modo “funcional” (estas son las dos ideas rectoras de su tesis).

Este autor denomina: “un examen inductivo” a la tesis tradicional. Con ello advierte sobre la insostenibilidad del tipo objetivo en su globalidad como objeto de conocimiento, partiendo del análisis de los delitos de resultado. Lo que se exige en las tesis tradicionales y ha permanecido velado, es el conocimiento por parte del autor del resultado producido que se ha desarrollado como imputable a partir de una acción determinada. Resulta ilógico que se pueda exigir al autor que este conozca el resultado

producido como un producto derivado de su acción o que el autor ha materializado el riesgo implícito en su comportamiento. Todo ello según Frisch está fuera de lugar, ya que al autor puede saber todo esto cuando ya ha actuado, pero no se le puede exigir tal conocimiento antes de haber actuado.

Este argumento no sólo está dirigido al hipotético autor sino también al legislador. Si la tarea del legislador consiste en motivar a los ciudadanos para que desistan de emprender acciones lesivas para determinados bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal, el fin de la labor consiste en conseguir el éxito de un programa que logre la protección de dichos bienes jurídicos por medio de una “contra-motivación” dirigida a todos los ciudadanos, el conocimiento ex post, el conocimiento del autor una vez realizado el hecho no es de interés del legislador para la consecución de este fin. El único conocimiento que puede tener en cuenta el legislador a la hora de elaborar este programa de protección de bienes jurídicos es el conocimiento ex ante del autor hipotético, o sea del conocimiento del que dispone el autor antes de actuar.

Frisch llega a la siguiente conclusión: “La afirmación de que el tipo objetivo, incluido el resultado, constituye el objeto de conocimiento como elemento del dolo es errónea, por un lado, porque es imposible que físicamente el autor hipotético pueda conocer algo, que todavía no se ha producido en la realidad (resultado); y, por otro lado, porque es inconciliable con la ratio de la más grave penalidad del dolo frente a la imprudencia”¹⁹⁷.

Se hace necesaria entonces una perspectiva ex ante respecto del conocimiento del sujeto de los elementos que integran el tipo objetivo, esta consideración se encuentra en función a una concepción preventiva de la pena orientada a la prevención de conductas que atenten de modo esencial determinados bienes jurídicos pero que puedan producirse en el futuro.

Mir Puig (quien tiene una concepción similar a la de Frisch respecto a la teoría de las normas), al conceptualizar a las normas jurídicas no como entidades abstractas sin vida, sino realidades sociales que se producen en un determinado tiempo y lugar. Los hechos regulados por las normas son también fenómenos históricos que entran en contacto con las normas en un momento dado. Y el destinatario de una norma la cumple o la infringe

¹⁹⁷En DÍAZ PITA, *El dolo eventual* p.78. nota 71.

en el instante en que actúa de conformidad o en contra de la misma. Las normas pretenden regular las conductas de los ciudadanos y de los jueces. Para conseguirlo, las normas tendrán que incidir en un momento en que los ciudadanos estén a tiempo a adaptar sus conductas a lo pretendido por la ley. No lo conseguirán si pretendiesen referirse al momento en que las conductas a regular ya se hayan producido¹⁹⁸.

Y ello porque el Derecho penal se torna incapaz de impedir resultados. Acota Mir Puig: “En Derecho penal esto significa que la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquido (ex ante), puesto que llegaría tarde si se refiriese al delito ya producido”¹⁹⁹. Llegando a conclusiones similares a las de Frisch, donde el Derecho penal debe incidir en el momento de la acción y no en el momento de la causación del resultado.

Volviendo a las ideas rectoras de la tesis de Frisch, no sería adecuado por tanto, incluir al resultado como objeto de conocimiento del autor en cuanto esté a su vez forma parte integrante del tipo objetivo. Si es correcta esta tesis, ¿por qué razón, se ha mantenido durante largo tiempo, la tesis del tipo objetivo en su totalidad como objeto de conocimiento del dolo sin apenas haber sido cuestionada? , A esta pregunta Frisch responde: “La razón de ello es que el objeto acertado del dolo sería un elemento del tipo que guarda un acentuado parecido con el propio tipo, ya que conceptos que poseen una determinada importancia dentro del tipo subjetivo nos sirven también para la delimitación del elemento que constituye el verdadero objeto del dolo”²⁰⁰ La tesis tradicional puede, por tanto, representar un indicio, en orden de delimitar el auténtico objeto de conocimiento para el dolo, nada más.

Hasta aquí una introducción somera de las teorías que serán objeto de nuestro análisis. A continuación expondremos las principales teorías que han tratado de conceptualizar el dolo eventual, dando relevancia a datos psíquicos, elementos de actitud interna donde subyace el elemento volitivo del dolo, y otras que toman como objeto de dolo la entidad del peligro creado por el sujeto actuante. También se analizarán teorías que han desacralizado estas concepciones propuestas para el dolo eventual y han tratado a los

¹⁹⁸ MIR PUIG, *La perspectiva ex ante en Derecho penal*, ADPCP, 1985, pp. 6,7 y ss.

¹⁹⁹ MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2da edición, Barcelona, 1982, pp. 49 y ss.

²⁰⁰ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p.84, nota 76.

elementos definidores como indicadores y/o contra-indicadores. En la última parte de este capítulo se analizan las tesis procesalistas, tratando de darle un abordaje pragmático a la problemática del dolo eventual y su delimitación con la imprudencia consciente

3.1.- La teoría de la aprobación o del consentimiento

3.1.1.- El caso de la correa de cuero

El caso de la correa de cuero” (*Lederriemenfall*). BGHSt, t.7, pp. 363 y ss., sentencia del 22/4/55 (causa 5, StR 35/55) es el siguiente: “El acusado K, que al momento del hecho tenía casi veinte años de edad, había conocido en diciembre de 1953 al productor de seguros M, que tenía tendencias homosexuales. Entre M y K se generó una relación de amistad con ocasionales contactos impúdicos. Muchas veces M le había obsequiado dinero a K. Durante el transcurso del mes de diciembre de 1953, el acusado K trabó amistad con el acusado J. A ambos se les ocurrió la idea de conseguir de parte de M el dinero necesario para el alquiler de una habitación y para comprarse un traje cada uno. Con este fin, se propusieron proceder con violencia contra M, incapacitarlo de toda posibilidad de resistencia y luego, con tranquilidad, tomar de su departamento los objetos deseados con el objeto de emplearlos para sus propios fines. Al momento de pensar cómo podían impedir la resistencia de M, se les ocurrió al principio la idea de dejarlo inconsciente haciéndole tomar pastillas para dormir sin que él lo advirtiera. Pero, tras haberlo intentado en vano, propuso K estrangular a M con un cinturón de cuero y luego atarlo y amordazarlo. J estuvo de acuerdo. Ambos acusados advirtieron que una estrangulación así podría provocar no sólo la pérdida de conocimiento, sino también graves lesiones e incluso la muerte de M. En ocasión de una visita el día 8 de febrero de 1954, K quiso, en presencia de J, llevar a cabo el hecho; pero no tuvo la valentía para hacerlo y le entregó el cinturón a J, que tampoco hizo nada. Sin embargo, los acusados no abandonaron su plan definitivamente. J desaconsejó la idea de estrangular a M con el cinturón de cuero, pues los acusados advirtieron el peligro de que, por ello, M no sólo podría quedar inconsciente sino incluso morir. Por eso propuso a J atontar a M golpeándolo con una bolsa de arena, con lo cual K estuvo finalmente de acuerdo. Ambos tuvieron en cuenta que la bolsa, al momento del embate contra la cabeza de M, se adaptara a la forma de su cráneo, para que no se produzca ninguna lesión seria. En la noche del 15 de febrero de 1954 los acusados visitaron a M. J tenía la bolsa de arena en el bolsillo del pantalón. K, por propia decisión y sin que J lo supiera, llevo consigo, por si acaso el cinturón de cuero. Los acusados le pidieron a M que les permitiera esa noche

pernoctar en su casa, a lo que M accedió. K durmió en la habitación de M, y J en otra habitación. Alrededor de las cuatro de la mañana, J, en presencia de K, golpeó a M violentamente en su cabeza dos veces. Pero los golpes no tuvieron el efecto esperado, sino que despertaron a M. Ante un nuevo golpe, la bolsa de arena se rompió. M se levantó de la cama y se trabó en una lucha cuerpo a cuerpo con J. Entretanto, K corría hacia el pasillo y buscaba el cinturón de cuero. Luego se acercó por detrás de M-quien hasta ése momento no había percibido que también K era uno de sus atacantes- y por la espalda le echó el cinturón de cuero por sobre su cabeza. Pero, al principio, el cinturón quedó apretando solo el mentón de M. J, por su parte, para apoyar, el proceder de K con el cinturón de cuero, que ya había advertido, presionó las manos y los brazos de M hacia abajo, y así fue este nuevamente arrojado sobre la cama. Allí, K, volvió a rodear la cabeza con el cinturón en el cuello de M; ambas puntas del cinturón quedaron entrelazados en cruz sobre su nuca. Los acusados tiraron de cada una de las puntas del cinturón con suma violencia, hasta que M dejó caer sus brazos y se precipitó sobre la cama. Acto seguido, los acusados comenzaron a atar a M. Cuando este se reincorporó, J se arrojó sobre su espalda y lo empujó hacia abajo. K, nuevamente, comenzó a estrangular a M con el cinturón, colocándolo de tal manera sobre el cuello que ajustó una de sus puntas en la hebilla, que ceñía fuertemente el costado izquierdo del cuello de M. K tiró otra vez el cinturón hasta que M dejó de moverse y emitir todo sonido. Cuando J advirtió esto, le grito a K: ¡basta!, ¡detente! Ante ello, K dejó de tirar el cinturón. Ambos acusados ataron a M y luego tomaron de entre sus ropas una serie de objetos. Al finalizar observaron a M, y en ese momento tuvieron dudas acerca de si éste aún vivía. Intentaron revivirlo, pero fue en vano. Luego dejaron su departamento²⁰¹.

El tribunal de jurados condenó a K y J por homicidio cometido con dolo eventual, argumentando que los acusados se representaron como posible el resultado muerte y eran conscientes de la peligrosidad de la acción emprendida (de allí que un primer momento hayan desistido de emplear el cinturón de cuero), y que *aprobaron* o *consintieron* ese resultado, pues actuaron a toda costa con la voluntad de cumplir a toda costa su propósito de despojar a M de ciertos objetos, sin que les importe en absoluto qué pudiera sucederle a la víctima. Finalmente sostiene el tribunal que “aunque ese

²⁰¹PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...pp.263-264.

resultado pudiera no haber sido en absoluto agradable para los acusados, de todos modos es claro que lo que quisieron para el caso de que se produjera²⁰².

3.1.2.- La literatura acorde con los criterios de aprobación o consentimiento

A raíz de la sentencia de la correa de cuero, hubo algunos autores que se adscribieron a sus fundamentos. Así por ejemplo Baumann y Weber sostienen que el dolo es el saber y querer la comisión de hecho, es decir la realización del tipo antijurídico. En tal sentido el autor que sabe que mata pero no quiere matar, no obra de forma dolosa, no obstante se relativiza esta conclusión diciendo que el dolo no se excluye, se trate del elemento cognitivo o volitivo, cuando se trate de un mero no desear, pues según lo resulto en el caso de la correa de cuero, un no desear equivale a la ausencia de “querer”.

En lo que respecta a la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente. Baumann se adhiere a la tesis de la jurisprudencia de acuerdo con la cual existe dolo eventual si el autor se representa el resultado típico y lo aprueba internamente, o lo consciente, o lo acepta resignadamente. Imprudencia consciente en cambio, existe cuando el autor se representa el resultado, pero aunque sea temerariamente confía en que “todo irá bien”. Resalta Baumann que la representación del resultado es común a ambos elementos de la culpabilidad (desde una perspectiva causalista que es la que asume el autor, dado que para el autor dolo e imprudencia son elementos de la culpabilidad) y que la distinción entre ambos elementos sólo puede lograrse a través del elemento volitivo.

También se puede considerar a Maurach, como un decidido partidario de la teoría de la aprobación o del consentimiento. Este autor considera al dolo como voluntad de acción: “el dolo es...la voluntad, dominada por el conocimiento, de realización del tipo objetivo...El dolo constituye la voluntad de acción referida al resultado. En el delito doloso, voluntad de acción y dolo son idénticos: el dolo no es otra cosa que la finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo...Todo lo que rige dentro de la teoría de la acción para el concepto de voluntad de realización...vale también para el dolo”²⁰³. A su vez en lo que respecta a la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente,

²⁰²RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo...* pp.88 y ss.

²⁰³MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *PG*, Astrea, Buenos Aires, 1995, Nro.22, n°m. 1 y ss.

Maurach, toma partido por la teoría de la aprobación o consentimiento seguida por la jurisprudencia²⁰⁴.

Welzel al momento de caracterizar al dolo eventual se adhiere a la teoría de la probabilidad de Mayer, lo cual no significa que ponga a la voluntad en segundo plano, la conocida expresión: “dolo como voluntad de realización” proviene de él²⁰⁵. Para este autor, tanto la voluntad como el conocimiento, con el mismo grado de importancia, conforman el concepto de dolo²⁰⁶.

3.1.3.- Valoración Crítica

La teoría de la voluntad, conocida también como de la aprobación o del consentimiento, al igual que otros muchos intentos teóricos elaborados para la conceptualización del dolo, y en particular del llamado dolo eventual, sufre las consecuencias de su pretensión originaria a saber, querer reducir de manera unitaria toda la problemática conceptual del dolo a un único denominador común, y buscar en éste un simple dato psíquico, en este caso, la voluntad, o en determinadas actitudes anímicas, que vendrían a actuar como reflejos de la voluntad: aprobación, consentimiento, etcétera.

Esto ha conducido a que inevitablemente sus partidarios tuvieron que proponer significados amplios de voluntad, incluso contrarios a las convenciones lingüísticas generales vigentes (recuérdese aquello de “aprobar en sentido jurídico”).

Esto no es teóricamente sostenible, y al respecto tampoco resulta del todo correcto, el intento de Puppe de normativizar la voluntad, esta vez recogido bajo el término, objetivo-psicológico²⁰⁷. Lo cierto es que atribuir al término voluntad un significado normativo, resulta contrario a las convenciones lingüísticas imperantes, y en tal sentido, dicho intento no sólo no explica, sino que confunde más las cosas.

Lo cual no quiere decir que a la voluntad no le corresponde jugar ningún papel dentro del ámbito del dolo, y que al conocimiento le corresponda un papel preponderante. La voluntad al igual que el conocimiento, no son más que datos empíricos, que pueden resultar útiles a la hora de determinar cuándo un comportamiento es doloso o cuándo es

²⁰⁴MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *PG*, Astrea, Buenos Aires, 1995, Nro.22, n°m. 37.

²⁰⁵WELZEL, Hans, *PG*, Depalma, Buenos Aires, 1976, pp.79 y ss.

²⁰⁶Ibid. pp.77 y ss.

²⁰⁷PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 112 y ss.

imprudente. Esta forma de percibir ambos elementos, nos conducirá a tener un concepto básico de dolo, común en todas sus formas, y que no preste especial interés a datos empíricos o a un estado mental *a priori* irrelevante.

4.1.- La tesis de Armin Kaufmann

“Para la doctrina de la acción final- afirma Kaufmann- el dolo es un caso particular de la “voluntad de realización final”²⁰⁸. Esta afirmación constituye el punto de partida de la tesis de este autor para la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

Esta definición del dolo como “caso particular de la voluntad de la realización final” significa, en palabras de Kaufmann, que “el nexa final es acuñado por la dirección final hacia un objetivo apetecido; pero él no comprende sólo el logro del fin mismo, sino todo el curso causal puesto en movimiento por la acción dirigida, en cuanto es abarcado por la voluntad dirigente”²⁰⁹. Se parte de un esquema de acción finalista, configurado del siguiente modo: “objetivo perseguido por la acción- medios utilizados- consecuencias concomitantes”²¹⁰.

Kaufmann, rechaza todos los residuos de “*dolus malus*”: “Todo recurso a la consciencia del injusto o partícula de la misma y toda valoración del proceso de motivación debe ser evitado”²¹¹. Este rechazo a la figura del “*dolus malus*”, es decir, a la concepción del dolo como forma de culpabilidad en el que se incluye la consciencia de antijuridicidad, viene motivado por razones de tipo ontológico y por argumentos dogmáticos. La inclusión de criterios que se remitan a la actitud interna del sujeto, bien sea ante la lesión del bien jurídico, o a los hechos mismos (aprobándolos, consintiendo ellos, siéndole al sujeto indiferente, entre otros criterios) nos llevaría a resultados insatisfactorios tanto en el aspecto teórico, como la inclusión de la consciencia de

²⁰⁸ KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Madrid, pp.185 y ss.

²⁰⁹ KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.186.

²¹⁰ Como se pudo apreciar, dentro del marco de las teorías de la decisión, este esquema es rechazado por Philipps, al reinterpretar el concepto de acción como la elección entre varias alternativas de comportamiento. En la tesis de Kaufmann prima la relación intencional entre el sujeto y la causación del resultado, mientras que en Philipps existe una relación teleológica. Véase la tesis de Philipps.

²¹¹ KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.192.

antijuridicidad en el dolo, equiparación de la aprobación del sujeto al deseo de la producción del resultado, como en el aspecto práctico (en casos de error de prohibición, ampliación, o, por el contrario, reducción excesiva del ámbito del dolo)²¹².

Para la correcta delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, afirma Kaufmann: “Se debe partir de que la voluntad de realización se puede extender a todas las consecuencias y modalidades de obrar, si el autor cuenta con la posibilidad de su existencia o de su producción”²¹³.

No se trata de investigar lo que el autor no quiere que se produzca, a pesar de actuar teniendo en cuenta la posibilidad de materialización de unas consecuencias accesorias delictivas, sino plantear la pregunta a la inversa: “de si acaso la voluntad de realización del autor fue dirigida precisamente a no dejar producir la consecuencia accesorias tenida en cuenta como posible, esto es dirigida más bien a impedirla”²¹⁴. Es decir, si partimos de que un sujeto le es dado conocer todas las posibles consecuencias accesorias que su acción puede acarrear, entre ellas, la lesión del bien jurídico, y aun así, actúa causando dicha lesión, nuestra indagación no debe dirigirse a que es lo quiso causar o no el sujeto, es decir, a la relación intencional del sujeto con el resultado²¹⁵. Nuestro juicio debe estar en función de lo que el sujeto pretendía al poner en marcha su acción para alcanzar su objetivo propuesto, pero, a la vez, impedir la producción del resultado lesivo para el bien jurídico.

¿Qué ocurre, sin embargo, cuando el sujeto yerra sobre la verdadera eficacia de los medios por él elegidos para evitar la lesión? ¿Qué sucede cuando el sujeto duda de dicha eficacia? La respuesta a estas interrogantes es contundente: aun cuando el sujeto yerre sobre este extremo o dude “esto no modifica en nada que su voluntad final de realización sea dirigida a la evitación de la consecuencia accesorias y se hayan puesto medios para el logro de ese objetivo”²¹⁶. “Sólo existe una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias-continúa Kaufmann-si el autor, a

²¹² KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.193 y ss.

²¹³ KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.194.

²¹⁴ KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.194.

²¹⁵ KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.194.

²¹⁶ KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.200 y ss.

la puesta de su dirección, y a su propia habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar al resultado”²¹⁷.

Con ello se logra un criterio objetivo para la delimitación entre el dolo y la imprudencia, sin necesidad de acudir a otros criterios valorativos que no se encuentran dentro de la voluntad de realización. La elección de unos determinados medios para llevar a cabo la acción que, a su vez, sean adecuados para evitar las consecuencias accesorias no deseadas se encuadra dentro de la voluntad de realización y se encuentra ínsito en el curso de la acción misma. De esta manera queda configurada la delimitación objetiva del dolo. En cuanto se refiere al grado de representación del sujeto sobre la posibilidad de producción de las consecuencias accesorias en orden a elegir los medios que faciliten la evitación de las mismas. Afirma el autor: “De antemano se excluyen aquellas dudas (acerca de la posibilidad de producción de las consecuencias accesorias que amenazan la integridad del bien jurídico protegido) que más tarde han sido nuevamente eliminadas, ya sea por una reflexión objetiva, ya por un inocente autoengaño, pues aquí falta ya el presupuesto más elemental de toda voluntad de realización, a saber, la existencia real de una representación de que es posible que exista una circunstancia o de que posiblemente se produzca. Por lo demás, para admitir el dolo no basta cualquier duda ligera (...) Si la duda no es aún seria, entonces no existe dolo eventual; si ya ha pasado de ser seria, entonces no hay dolo eventual sino dolo directo”²¹⁸.

La aplicación concreta de la tesis de Kaufmann, se manifiesta ante dos supuestos de casos, casos en los que es posible llevar a cabo intentos de evitación del resultado lesivo y casos en los que la única posibilidad de evitación es la omisión de la acción lesiva.

Para el primer supuesto Kaufmann nos orienta a través de las siguientes directrices: “la voluntad de realización no comprende la producción de la consecuencia accesoria porque faltan componentes intelectuales de la voluntad de realización”²¹⁹. Aquí la voluntad de realización excluye al dolo ya desde el punto de vista de su contenido. La exclusión de la concurrencia del dolo se mantiene incluso cuando el sujeto “abandona”, por así decirlo, la estrategia de evitación de un tercero o la propia víctima. Para el mejor

²¹⁷ KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.197.

²¹⁸ KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.201.

²¹⁹ KAUFMANN, *El dolo eventual*...p.200.

entendimiento de lo afirmado por Kaufmann. Hillenkamp²²⁰, propone el siguiente ejemplo: “en casos de relaciones sexuales de un infectado de SIDA con una persona sana, el primero no contará ya con el riesgo de infección a su pareja, puesto que lo considera excluido con la utilización de preservativos”. Si el preservativo, por ejemplo, estuviera en malas condiciones y se produjera la transmisión de la enfermedad, la actuación del sujeto no sería dolosa, puesto que en el desarrollo de su voluntad de realización ha utilizado un medio efectivo para evitar la lesión de la salud de otro.

En las situaciones en las que el sujeto mantiene la duda, tanto antes como después de emprender la acción, de si las medidas adoptadas por él, en orden de evitar la producción de las consecuencias accesorias lesivas serán suficientes para este fin. En los supuestos de casos en los que el sujeto ha reconocido el peligro de que la consecuencia accesoria se produzca, también quedaría excluido el dolo cuando aquél, a pesar de la duda, atribuye sus esfuerzos a una posibilidad real de evitación. En este caso la exclusión del dolo, vendría determinada por la convicción subjetiva de que el resultado no se va a producir aún sin tener una certeza absoluta de la bondad de las medidas adoptadas para impedir que la lesión se materialice.

En las situaciones en las que el sujeto pese a reconocer la posibilidad de que la consecuencia accesoria se produzca al igual que la posibilidad de impedirla, no lleva a la práctica las medidas adecuadas para la evitación del resultado. Aquí concurrirá dolo puesto que el sujeto, reconociendo el peligro y teniendo a su disposición las medidas necesarias y adecuadas para impedir la producción del resultado no deseado o, por lo menos, para reducir de modo esencial que el resultado se produzca, no las pone en práctica. En consecuencia, el mero deseo del sujeto o la simple esperanza de que el resultado no se produzca, no es suficiente para negar la concurrencia del dolo. El sujeto que a pesar de la extrema peligrosidad de su acción no toma ninguna precaución para impedir el resultado prohibido, sino que abandona su producción al azar, actúa de forma dolosa.

En el ejemplo propuesto por Hillenkamp²²¹, “el sujeto que rechaza el preservativo que se le ofrece, a pesar de conocer lo necesario y eficaz para la prevención del SIDA, actúa

²²⁰ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.267.

²²¹ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.268.

de forma dolosa, pues el hecho de que confíe que todo saldrá bien, no es suficiente para excluir el dolo”. Dentro de este grupo de situaciones aparecen como conflictivos aquellos supuestos en los que el sujeto, aun reconociendo la realización del riesgo del tipo, omite toda medida dirigida a la evitación del mismo porque, de manera descuidada las considera innecesarias. Las razones por las cuales la dirección de la voluntad no se orienta a la evitación del resultado típico son irrelevantes en la tesis de Kaufmann, la concurrencia del dolo tendrá que ser admitida.

En el supuesto de casos en los que la única posibilidad de evitación se da a través de la omisión de la acción lesiva, Kaufmann propone distintas soluciones. En las situaciones en las que es imposible configurar la acción de una manera distinta, pero donde el objetivo de la misma resulta, para el sujeto importante como para abandonarlo a fin de evitar la consecuencia accesoria. En estos supuestos la representación del sujeto de la posibilidad de la producción del resultado sin adoptar ninguna medida que pueda paliar tal producción, bastaría para Kaufmann, aceptar la imputación a título de dolo, ello, porque la mera esperanza de la no producción del resultado no sirve para descartar el dolo, con menor razón la situación antes descrita, en las cuales el sujeto reconoce el peligro para la integridad del bien jurídico y ni siquiera alberga la esperanza de que el resultado no se produzca.

En las situaciones en las que el sujeto renuncia desde un principio a una configuración de la dirección final de su acción hacia la evitación de las consecuencias representadas como posibles debido a las particularidades del objeto del hecho y las modalidades de la acción. En este supuesto de casos, sólo se aceptará la imputación a título de dolo, cuando el sujeto se representó como muy seria la posibilidad de producción de las consecuencias accesorias lesivas para un bien jurídico protegido.

Para imputarle jurídico penalmente a cualquier hecho a una persona, es necesario que ese elemento de objetivación o realización de su voluntad²²² (El injusto doloso supone

²²²FRISCH, Wolfgang, *El error como causa de exclusión del injusto de la culpabilidad*, pp.39 y ss. En *El error en Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999. Frisch considera más aceptable teniendo en cuenta el estado doctrinal actual, hablar de un “injusto de la decisión”, tal y como es entendido por parte de los “doctrinarios final de la acción” que incurrir en una visión subjetivo-monista del injusto. Frisch concibe al injusto, p.198, al igual que lo hace en este trabajo como “un injusto complejo, caracterizado por momentos objetivos y subjetivos mutuamente referidos”. Ver, en el mismo sentido, aunque desde otra

la modalidad más grave del injusto. El ordenamiento jurídico-penal considera en general que el hecho doloso es más insoportable para la convivencia y más perturbador para la vida social; por ello contempla una penalidad mayor que para el imprudente equivalente en caso no varíen el resto de los requisitos de la imputación. Los autores que consideran que el dolo y la imprudencia no forman parte del injusto (en concreto del tipo) sino de la culpabilidad consideran que el delito doloso supone la modalidad más grave del delito. Para efectos del presente trabajo, carece de relevancia la ubicación sistemática aunque se opte de ubicarlo como un elemento subjetivo del tipo²²³.

4.2.- Valoración Crítica

La base de la mayoría de las críticas tienen un punto de partida común: la presencia de la voluntad activa de evitación, es decir, los intentos serios de evitación del resultado lesivo por parte del sujeto, pueden, a lo mucho, constituir un indicador externo²²⁴, o un indicio procesal de la falta de dolo, pero sería partir de un criterio demasiado amplio, que este solo dato condujera a la exclusión del dolo.

La voluntad activa de evitación se torna problemática en las situaciones en las que el sujeto alberga una duda, tanto antes como después de emprender la acción, de si las medidas por él adoptadas son adecuadas y suficientes para evitar la producción del resultado lesivo, ante este supuesto surge una contradicción en la teoría de Kaufmann: “siempre que en estos casos el sujeto atribuya a sus esfuerzos una posibilidad real de evitación, aun cuando se produzca el resultado lesivo no habrá dolo”²²⁵.

En esta situación el sujeto se encuentra ante una situación de riesgo para la integridad del bien jurídico, este riesgo es reconocido por él mismo, ya que, ante tal eventualidad, adoptará una serie de medidas conducentes a evitar el resultado lesivo. Sin embargo, el sujeto no tiene la certeza de que esas medidas sean adecuadas para conseguir su fin: la evitación del resultado lesivo, aunque considera que sus intentos de evitación tienen

perspectiva. Sólo si convergen algunos de estos elementos subjetivos se podrá calificar a la conducta como típica.

²²³Cfr. FEJÓO, *El dolo eventual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p.14.

²²⁴ En los términos de HASSEMER, *Los elementos...*pp.911 y ss.

²²⁵ KAUFMANN, *El dolo eventual...*p.197.

posibilidades reales de conseguirlo. ¿Hay dolo por parte del sujeto o por el hecho de haber adoptado medidas encaminadas a la evitación y atribuirles la posibilidad real de éxito podemos ya afirmar que su acción fue imprudente?

En palabras de Hassemer “contra esta teoría se objeta que conduce a resultados inaceptables, dependientes además de las peculiaridades de cada caso: quien realiza una voluntad de evitación, que desde un punto de vista suprime cualquier rasgo adicional, no actúa ya de forma dolosa (y queda desde el principio fuera de esta teoría delimitadora) porque no toma en consideración la posibilidad de un daño; quien, a pesar de una voluntad activa de evitación, observa un riesgo adicional y, sin embargo, actúa, tiene por ello un dolo referido a ese riesgo adicional (lo cual contradice la teoría delimitadora)”²²⁶.

Se desprende de esta crítica, que nos encontramos ante dos situaciones distintas y diferenciables: en primer lugar, aquellas situaciones de peligro en las que el sujeto atribuye erróneamente a sus intentos de evitación una eficacia de la que en realidad carecen; y, en segundo lugar, en los casos en que el sujeto se plantee así la situación: puede que mis intentos de evitar la producción del resultado delictivo tengan éxito o puede que fracasen; de todos modos, yo actúo²²⁷.

La contradicción interna en la teoría de Kaufmann, es la siguiente: esta tesis defiende el criterio de la “voluntad activa de evitación” como línea divisoria entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Pero esta voluntad de evitación no puede reducirse a un simple deseo de que el resultado lesivo no se produzca. Esta voluntad de evitación ha de ser activa y, a la vez, capaz de dominar el transcurso de los hechos. Si admitimos que el dolo queda excluido aun en los casos en lo que esa voluntad ya no es capaz de dominar el hecho, es decir, cuando el sujeto no sabe con certeza la eficacia de las medidas por él adoptadas, por mucho que se les “atribuya” una posibilidad real, y aun así actúa, entonces, según esta teoría, lo que en realidad determina la exclusión del dolo no es un criterio objetivo, sino la falta de consentimiento por parte del sujeto en la producción del resultado o el mero hecho de que esa producción de ese resultado no le es del todo indiferente. El hecho de que esta tesis no sea adecuada por sí sola para delimitar el dolo

²²⁶ HASSEMER, *Los elementos...*p.911.

²²⁷ En este punto se pueden encontrar las similitudes con la segunda fórmula de Frank: “suceda sí o de otro modo, en cualquier caso actúo”

eventual y la imprudencia consciente, no impide admitir su valor indicativo como criterio de exclusión del dolo.

Con el siguiente ejemplo se pueden apreciar los problemas de las denominadas: “teorías de la voluntad” desde un punto de vista normativo o valorativo: un empresario deteriora los frenos de un camión en el que viajan dos trabajadores suyos, porque es el amante de la esposa de uno de ellos y quiere librarse del marido de su amante. ¿Ha de haber un homicidio doloso y otro imprudente porque “quiere” que sólo muera el marido de su amante y “desea” fervientemente que al otro le pase lo menos posible? Cuando varios objetos son atacados mediante una misma modalidad de conducta con una posición interna distinta por parte del autor frente a cada uno se pone en evidencia lo arbitrario que resulta, desde la perspectiva del título de imputación, el tomar en consideración elementos volitivos(o, quizás emotivos)²²⁸.

La cuestión a resolver es: ¿Por qué unas veces el elemento volitivo cumple un papel decisivo y otras no? Un intento para explicar estas consideraciones constituye que la tesis de Kaufmann²²⁹, consideró que no puede haber dolo cuando la “voluntad de realización”, se ve contrarrestada por una “voluntad de evitación”, se puede apreciar que la cuestión tratada por este autor no tiene que ver directamente con el contenido de la voluntad, sino con la manera de configurar el hecho. Si las medidas que adopta el sujeto son suficientes, la conducta será atípica al no incrementar el peligro general ante una situación típica. Y si las medidas no son idóneas, la cuestión se reduce a averiguar si el autor conocía el alcance lesivo de su conducta, puesto que, si el sujeto no conocía, no se puede afirmar la concurrencia del dolo. No se trata de lo que el sujeto quería o no quería, sino como configura esta su conducta. Por ejemplo, si alguien está en un establo lleno de paja con un quinqué que pierde combustible y de él saltan chispas, y es consciente de ello, realiza un incendio doloso; por el contrario, si coloca el quinqué en una bandeja para que el aceite no se derrame, de tal manera que no resulte más peligroso que la utilización de un quinqué normal, la conducta será atípica (adecuación social, riesgo permitido, cuidado necesario en el tráfico), si tal medida resulta insuficiente, la bandeja no tiene el diámetro para retener el aceite, el incendio ocasionado será imprudente. Engarzando el ejemplo propuesto con la tesis de Kaufmann, opina lo siguiente: “La delimitación de la voluntad de realización no se hace

²²⁸ JAKOBS, Derecho penal. PG,8/26.

²²⁹ KAUFMANN, La estructura del dolo eventual...pp. 185-206.

depender del motivo de la acción ni del punto de vista ni de la representación del autor, sino de un criterio objetivo; pues la voluntad de realización que persigue la evitación de la consecuencia secundaria y con ello excluye la producción de dicha consecuencia como contenido posible de la voluntad de realización, tiene que consistir en la voluntad configuradora que se manifieste en un suceso exterior”²³⁰. En síntesis las objeciones a la tesis de Kaufmann son las siguientes:

- a) La tesis de Kaufmann no ofrece ningún fundamento material para la imputación a título de dolo o imprudencia, sino que se limita a ser una exposición casuística y fenomenológica²³¹. La tesis de Kaufmann sólo cobra interés para un determinado tipo de casos.
- b) El único criterio de delimitación entre dolo e imprudencia acaba siendo la representación del autor y, el riesgo residual de su actuación. Kaufmann hubiera podido defender una “teoría puramente intelectual del dolo” si no fuera porque contradecía sus premisas ontológicas²³². La confianza en la ausencia del resultado no puede asumirse por el ordenamiento, de acuerdo con criterios en puridad subjetivos, sino que debe basarse en el conocimiento de datos objetivos: “la voluntad de evitación, excluye la aceptación de una voluntad de realización sólo, en verdad, si se trata de una voluntad eficaz; es decir, si la puesta en marcha de los contra-factores para la evitación del efecto accesorio realmente se ha realizado”²³³.
- c) Sólo se delimita el dolo del no-dolo, sin tener en cuenta si en ese caso el no-dolo es relevante para la imputación a título de imprudencia.
- d) No toda medida de evitación, supone negar la imputación a título de dolo, sobre todo, si la duda sobre la efectividad de la medida beneficia al autor. Por ejemplo, no varía la calificación de un homicidio o asesinato doloso el hecho de que el autor, décimas de segundo antes de disparar, avise a la víctima o que la estrangule para que pierda el sentido no apriete con toda la intensidad con la que podría apretar y cese en cuanto a la víctima pierda el sentido o que el enfermo de SIDA realice un contacto sexual con *coitus interruptus* cuando sabe que de todas maneras ha hecho lo suficiente para contagiar la enfermedad. Conociendo que la realización del hecho

²³⁰ KAUFMANN, *La estructura del dolo eventual*...pp. 196, 197.

²³¹ Con mayores referencias, respecto al conjunto de críticas en la doctrina alemana, FEIJÓO, *El dolo eventual*...pp. 37 y ss./ notas 45.

²³² HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*...p.911. Además de ello, HASSEMER, compara la tesis de KAUFMANN, con las tesis de HERZBERG, propias de las “teorías de la representación”.

²³³ KAUFMANN, *La estructura del dolo eventual*...pp. 196, 197.

encierra un 50% de posibilidades de producir un resultado es un hecho doloso, conocer y querer realizar un hecho que en principio encierra un 100% de probabilidades de producir el resultado, tomando una medida de evitación que elimina un 50% también ha de ser considerado como un hecho doloso. Lo decisivo es la relación del autor con el peligro residual que se mantiene a pesar de la medida de evitación. Si hay dolo con respecto al peligro residual, la conducta será dolosa. La única forma de negar el dolo en los ejemplos mencionados es exigiendo, que el autor consienta o asuma la producción del resultado. Por lo tanto, al final, persiste la cuestión. ¿Basta con qué el autor conozca el peligro que crea o, además, debe asumirlo de alguna manera?

- e) Quedan supuestos de casos en los que no hay medidas de evitación y que, sin lugar a dudas, son imprudentes. Por lo tanto, la tesis de Kaufmann no es extrapolable a otro grupo de casos sino que soluciona problemas muy concretos.

5.1.- Las teorías eclécticas

5.1.1.- Introducción

De la misma manera si alguien configura su acción de forma atípica y “espera”, “consiente o aprueba internamente”, “asume”, “aprueba”, acepta”, “ratifica”, “tomar en consideración”, “ansía”, “está de acuerdo con”²³⁴, “se decide a”²³⁵, “se resigna a”, “se conforma” o “cuenta con”²³⁶, el resultado no se le podrá imputar a esa persona²³⁷.

²³⁴El dolo como disposición.- Al ser el dolo, configurado, en la esfera más íntima del sujeto, su observación y descripción se torna imposible, y ello, porque el dolo refleja una disposición o tendencia anímica por parte del sujeto. El dolo-para HASSEMER- es un concepto dispositivo: “Estrictamente considerado-afirma HASSEMER- conceptos como intención, dolo, voluntario, buena fe, etc., no son casos de ambigüedad, sino complicaciones de la prueba en el proceso, que se apoyan en el simple hecho de que los objetos imaginados están ocultos detrás de una pared-generalmente en el cerebro de alguien-. Sólo con la ayuda de un instrumental, y no a simple vista, se puede conocer, qué es lo que hay detrás de esa pared. Se denomina a tales conceptos, “conceptos que reflejan una tendencia anímica” (no objetos del mundo exterior, como relojes, árboles, etc.); es decir, aspiraciones humanas, lo que en lenguaje jurídico se denomina: “aspecto interno del hecho”- en suma- disposiciones”

Para superar las dificultades antes descritas, HASSEMER, recurre al recurso de los “indicadores” que son “indicios suministradores sobre la existencia de la disposición, la denuncian y posibilitan su deducción”. Estos indicadores, que nos facilitan la deducción de una disposición, han de reunir, tres requisitos: “deben ser observables; si no lo son, no pueden allanar las dificultades que plantean estos conceptos. Deben ser completos; si falta en el ámbito de los indicadores un elemento importante, los factores restantes, serán necesariamente sesgados y falsos. Deben revelar disposición; si no lo hacen, podrían revelar cualquier otra cosa, pero no lo que se quiere saber de ellos”.

Como se ha podido apreciar del parágrafo, antes citado, HASSEMER, no opta por la renuncia del elemento volitivo del dolo, sino mas bien, este sirve como criterio dilucidador para saber si estamos frente a un injusto doloso o imprudente. Sin embargo, el conocimiento, la representación y la decisión, están además, en función con la peligrosidad de una situación para el bien jurídico protegido. Se diferencia, por tanto, tres planos: uno objetivo, el peligro para el bien jurídico; el segundo, referente al elemento cognitivo, la representación del sujeto; y el tercero, que es conformado por el elemento volitivo, donde se presenta la decisión contra el bien jurídico. De estos tres planos, sólo el primero permite una investigación empírica, pues aquí se contienen los datos observables; los otros dos, por el contrario, permanecen la psique del sujeto y sólo pueden ser extraídos a través de los indicadores. Advirtiéndose que los indicadores frente a figuras delictivas diversas serán distintos.

²³⁵ LA TESIS DE ROXIN: ROXIN parte de dos premisas básicas. En primer lugar, una nueva formulación del concepto de dolo, en sus tres formas: dolo directo o de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual; y, en segundo lugar, un dato común en las nuevas tendencias de carácter volitivo en torno al dolo eventual: el punto de partida para lograr la correcta delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente y el dolo eventual deberá ser la razón por la que el legislador castiga con mayor severidad los hechos dolosos en comparación con los hechos imprudentes.

El dolo es conceptualizado por ROXIN como la “realización del plan del sujeto” : “ Un resultado podrá ser valorado como dolosamente producido cuando dicho resultado, valorado objetivamente, cumple exactamente el plan del sujeto” (ROXIN, Derecho penal. PG, p.269.). Todo ello porque las teorías tradicionales: consentimiento e indiferencia, basan la afirmación de la concurrencia de dolo en una actitud determinada del sujeto frente al resultado, así, por ejemplo, si el sujeto se sitúa frente al resultado lesivo aceptándolo o siéndole indiferente, habrá dolo. Por otra parte, las teorías cognitivas cifran la presencia del dolo en la valoración que hace el sujeto del previsible desarrollo de los hechos. Así, en las teorías de la representación o de la probabilidad estimarán como doloso un hecho en que el sujeto valoró como probable, en su gradiente superior, la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico. ROXIN niega las tesis de las teorías tradicionales pues, a su parecer, la afirmación de dolo no presupone una actitud determinada del sujeto frente al resultado, como defienden las teorías volitivas ni es suficiente en la valoración que el mismo pueda hacer del previsible desarrollo de los hechos, como propugnan las teorías cognitivas. El punto de partida ha de situarse allí donde el diferente grado de culpabilidad, que responde al distinto al tratamiento que reciben los hechos que han sido cometidos de forma dolosa a diferencia de los imprudentes. Este punto de partida se podrá enunciar a partir de la siguiente cuestión: ¿ reside la razón por la que el legislador no castiga o castiga con una pena notablemente más leve al sujeto imprudente por el hecho de que, a pesar de haber reconocido la posibilidad de que el resultado se produjera, confió en una salida airosa? ¿o la más leve penalidad de los hechos imprudentes se basa en que el sujeto valoró mal la posible producción de las consecuencias accesorias y por ello creyó innecesario tomarlas en consideración?

ROXIN parte de dos premisas básicas. En primer lugar, una nueva formulación del concepto de dolo, en sus tres formas: dolo directo o de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual; y, en segundo lugar, un dato común en las nuevas tendencias de carácter volitivo en torno al dolo eventual: el punto de partida para lograr la correcta delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente y el dolo eventual deberá ser la razón por la que el legislador castiga con mayor severidad los hechos dolosos en comparación con los hechos imprudentes.

El dolo es concebido por ROXIN como la “realización del plan del sujeto” : “ Un resultado podrá ser valorado como dolosamente producido cuando dicho resultado, valorado objetivamente, cumple exactamente el plan del sujeto” (ROXIN, Derecho penal. PG, p.269.). Todo ello porque las teorías tradicionales: consentimiento e indiferencia, basan la afirmación de la concurrencia de dolo en una actitud determinada del sujeto frente al resultado, así, por ejemplo, si el sujeto se sitúa frente al resultado lesivo aceptándolo o siéndole indiferente, habrá dolo. Por otra parte, las teorías cognitivas cifran la presencia del dolo en la valoración que hace el sujeto del previsible desarrollo de los hechos. Así, en las teorías de la representación o de la probabilidad estimarán como doloso un hecho en que el sujeto valoró como probable, en su gradiente superior, la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico. ROXIN niega las tesis de las teorías tradicionales pues, a su parecer, la afirmación de dolo no presupone una actitud determinada del sujeto frente al resultado, como defienden las teorías volitivas ni es suficiente en la valoración que el mismo pueda hacer del previsible desarrollo de los hechos, como propugnan las teorías cognitivas. El punto de partida ha de situarse allí donde el diferente grado de culpabilidad, que responde

En muchas ocasiones las actitudes internas frente al resultado más que determinar la infracción de deber desvaloran los motivos de esa infracción²³⁸. De esta manera se puede correr el peligro de introducir en el injusto (juicio sobre la infracción de la norma de conducta) elementos que pertenecen a otro ámbito de la teoría jurídica del delito. Los elementos psicológicos o emotivos pueden tener relevancia, a efectos de la determinación de la pena (norma de sanción), una vez que se constate la existencia del dolo (infracción de una determinada norma de conducta)²³⁹. Es decir, los jueces pueden tener en cuenta si el autor ha actuado con dolo directo o con dolo eventual para imponer una pena dentro del marco legal correspondiente²⁴⁰.

al distinto al tratamiento que reciben los hechos que han sido cometidos de forma dolosa a diferencia de los imprudentes. Este punto de partida se podrá enunciar a partir de la siguiente cuestión: ¿reside la razón por la que el legislador no castiga o castiga con una pena notablemente más leve al sujeto imprudente por el hecho de que, a pesar de haber reconocido la posibilidad de que el resultado se produjera, confió en una salida airosa? ¿o la más leve penalidad de los hechos imprudentes se basa en que el sujeto valoró mal la posible producción de las consecuencias accesorias y por ello creyó innecesario tomarlas en consideración?

²³⁶ Las expresiones en la literatura especializada son similares e incontables, ya que el problema entre el dolo y la imprudencia se ha entendido en muchas ocasiones más como un juego de palabras o de terminología que como un problema que atañe a las reglas de imputación de los hechos. En la doctrina abunda el argumento circular de que el dolo exige un “querer” además de un “conocer”; pero se redefine el “querer” como aquél criterio que determina la existencia del dolo. La descripción del elemento volitivo que se exige al lado del elemento intelectual en el dolo es un tema poco claro y controvertido. La idea de que el elemento volitivo, entendido, como consentimiento, se ha distorsionado hasta tal punto, para poder encajar en los supuestos de casos donde converge el dolo eventual, que su significado se ha tornado inicial se ha tornado irreconocible. Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*...pp.289 y 322.

²³⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad*...pp.108-123.” La persecución del resultado (...) que también suele caracterizarse como “voluntad”, es un elemento subjetivo del injusto característico de una clase de dolo, pero, por un lado, no sustituye a la necesidad de conocimiento y, por el otro, su verdadera relevancia sólo vendrá dada, por un incremento del riesgo objetivo para el bien jurídico: no por un especial desvalor subjetivo”

²³⁸ De opiniones similares, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, HAMURABI, Buenos Aires, reimpresión, 2001, p.201; ZIELINSKY, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, HAMURABI, Buenos Aires, 1990, pp.162 y ss.; el mismo en *Dolo e Imprudencia*...15,16/18.; KAUFMANN, *El dolo eventual*...pp. 196 y ss.

FEIJÓO, *El dolo eventual*...p.41/nota 52 opina lo siguiente:” En este sentido es más coherente la “teoría de la doble posición del dolo”, sobre todo en la variante que se mantiene el elemento intelectual del dolo en el injusto y tiene en consideración la culpabilidad los elementos emocionales o volitivos que fundamentan una mayor responsabilidad penal, esta posición es la que mantiene SCHÜNEMANN en referencia NOWAKOWSKI”. FEIJÓO, toma una posición en contra de esta teoría al igual que.; SILVA SÁNCHEZ, *Observaciones sobre el conocimiento eventual*...p.109. “ el planteamiento de SCHÜNEMANN es criticable como cualquiera que fundamente la sanción en la valoración de elementos emocionales o de la actitud interna del sujeto”

CEREZO MIR, *La doble posición del dolo en Obras Completas*, T, II, ARA, LIMA, 2006 pp.275 y ss., hace un estudio imparcial de las razones que pueden haber para la eventual importación de esta teoría en especial para el derecho penal español. También se han manifestado en contra de esta teoría, GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho penal en la actualidad en Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, Tercera edición, Madrid, 1990, pp.176 y ss., nota 44. En la doctrina alemana se han manifestado en contra, MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*. PG. Astrea, Buenos Aires, 1994, márgenes 22/6 y PUPPE, *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*, en *El error en el Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp.89-137, ella misma, *El resultado y su explicación causal en Derecho penal* en INDRET, Barcelona, Octubre del 2008, www.indret.com.

²³⁹ FEIJÓO, *El dolo eventual*...p.42., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal*...pp. 311 y ss., MIR PUIG, *Derecho penal*. PG...pp.69-81.

Toda posición que se pueda entender comprendida dentro de las “teorías del consentimiento o del asentimiento” o aquellas, que hagan depender la imputación dolosa de la actitud interna del autor frente al resultado lesivo es rechazable, en vista de que no es más que la consecuencia de una visión que obedece en demasía a criterios psicologicistas de la imputación que da lugar a resultados arbitrarios. Lo mismo se puede afirmar de las “teorías de la voluntad” más eclécticas, cercanas en muchos aspectos a la “teoría de la representación”, que basan la imputación a título de dolo en consideraciones, tales como: que el autor “tome en serio” o no el riesgo de su acción²⁴¹. Las teorías de tomarse en serio el peligro coinciden con las teorías de la voluntad en que se determina la diferencia entre el dolo e imprudencia de forma psicológica y descriptiva, como diferencia en la posición interna del autor con respecto al peligro que conoce²⁴².

Por ello, la diferencia entre el dolo e imprudencia, se puede basar en el elemento intelectual o cognitivo²⁴³ (siendo los datos psíquicos prioritarios para la conformación del concepto de dolo); en detrimento de las nuevas tendencias que reconducen al elemento volitivo en criterios tales como: “tomar en serio” o “contar con” donde el resultado es siempre dolo, mientras que “confiar en” su ausencia o “no tomar en serio” el resultado sólo es imprudencia²⁴⁴. Si el dolo es la decisión de realizar un hecho típico, donde el autor tiene datos suficientes para calcular dicha posibilidad, la imprudencia

²⁴⁰ Lo cual se condice con el art. 46 de nuestro Código penal vigente.

²⁴¹ En opinión de FEIJÓO, *El dolo eventual...*p.43, nota 56, se trata de la doctrina mayoritaria en Alemania.

²⁴² Ya quedan de por sí descartadas las “teorías hipotéticas del consentimiento”, por la imposibilidad de saber lo que el autor hubiera hecho, ello porque el reproche jurídico penal deber ir dirigido a lo que el autor efectivamente ha realizado y no tener como punto de referencia lo que el autor quizás hubiera hecho en otras circunstancias. Este método hipotético es conocido sobre todo mediante la primera fórmula de FRANK, que luego modificó ante las múltiples objeciones que recibió, y que se conoce como la segunda fórmula de FRANK o “teoría positiva del consentimiento”, la cual consiste en: “Si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa”. La primera fórmula de FRANK tiene el grave inconveniente no sólo de conducir a soluciones arbitrarias en algunos supuestos, sino también de basar realmente el reproche culpabilístico más en el desvalor del carácter del autor que en el desvalor del hecho. “Todo ello es (autoritario) derecho penal de autor y no (democrático) derecho penal de hecho; es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho” en GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual en Estudios de Derecho penal...*p.253. De la misma opinión, BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, ARA, Lima, T, I, pp. 819 y ss., DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*pp.171 y ss.,

²⁴³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*p.247., SILVA SÁNCHEZ, *Observaciones sobre...*pp.115 y ss., señalando que: “lo esencial en el dolo es el conocimiento(...) la voluntad de la acción no es un factor propio del dolo, sino precisamente de aquella, de la acción”. SANCINETTI, *La teoría del delito...*pp.197 y ss.

²⁴⁴ Haciendo una diferencia de autores que no consideran que se tome en serio el resultado, sino el peligro de la producción del resultado. (GIMBERNAT ORDEIG, JESCHECK, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, STRATENWERTH,STRUENSEE, LAURENZO COPELLO, entre otros)

supondrá una decisión de realizar el hecho típico sin que el autor tenga todos los datos relevantes de la norma pero que su decisión sea desvalorada por suponer una falta de cuidado. Actúa dolosamente aquel que opera sobre un juicio válido y serio para él con respecto a la producción del resultado o con respecto a la realización del tipo. El no-dolo (punible o no) es siempre un supuesto de error de tipo, tal como está configurado en el artículo 14 del Código penal. Siendo esto así, hay que entender el sustrato psicológico del error como el defecto de representación sobre la realidad o la divergencia entre el suceso real y lo que se ha representado el sujeto, ello, llevaría a entender el error de tipo como un error sobre las circunstancias fácticas que hacen que un determinado comportamiento en un determinado ámbito o circunstancias implique o incorpore el dentro de su representación el peligro típico, en palabras de Corcoy Bidasolo: “el desconocimiento de un factor que condiciona la relevancia típica de la conducta”²⁴⁵. Esta idea se encuentra bastante extendida en la doctrina aunque con diversos términos, la idea de que el error en los delitos puros de resultado puede versar sobre la efectiva peligrosidad de la conducta en el caso concreto o bien, sobre la capacidad para prevenir o evitar el resultado. Mientras que desde un punto de vista estrictamente psicológico, el dolo es conocimiento de la realidad típica, la imprudencia es deber conocer dicha realidad típica.

Expresado de manera sencilla: el que conoce las circunstancias que hacen que su futuro comportamiento adquiera el significado de matar, lesionar o dañar, merece la pena más grave por matar, lesionar o dañar si se dan todos los requisitos de la imputación jurídico penal (conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad). La distinción entre dolo e imprudencia reside no solamente en el aspecto intelectual sino que este tiene que estar dotado de la probabilidad lógica (previsibilidad objetiva) que se produzca un resultado desvalorado por el Derecho, en los hechos imprudentes entendemos que esta previsibilidad objetiva es atenuada. Por lo tanto, la modalidad de imputación no depende de lo que el autor quiera o persiga o de su posición anímica frente al resultado. El autor doloso es alguien que ya no puede ver atenuada la gravedad de su hecho aludiendo ignorancia o desconocimiento de la realidad. Desde luego, el error que excluye el dolo puede consistir en que el autor ni siquiera se ha representado el peligro típico, por ejemplo, el médico que se olvida de las efectos secundarios que puede ocasionar un medicamento para su paciente, o aquél que actúe en la creencia errónea

²⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*p.288.

que las circunstancias y los medios empleados se encuentran bajo su control, como, por ejemplo, el conductor que cree que dispone de espacio suficiente para adelantar²⁴⁶²⁴⁷.

En referencia al carácter cualitativo del conocimiento para que sea racional debe partir de una base nomológica y ontológicamente acertada. De acuerdo con la doctrina mayoritaria que no exige para la imputación a título de dolo que el autor disponga de conocimientos seguros o altamente probables, sino que basta con la disposición de conocimientos inseguros. No cabe en el dolo sólo la seguridad de la lesión sino que se admite que el dolo eventual el conocimiento puede ser inseguro.

Esto no quiere decir que el conocimiento sea lo que fundamente la imputación a título de dolo, al menos de forma exclusiva. Lo que el sujeto conoce o desconoce es sólo una cuestión de constatación o determinación fáctica. El fundamento del desvalor se encuentra en la decisión de realizar algo o de omitir una conducta a pesar de lo que se conoce²⁴⁸. En el delito realizado con dolo eventual ya hay una decisión de realizar el

²⁴⁶ CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente...p.289: “Desde el punto de vista de la realidad típica, como objeto de referencia de la imprudencia, la imprudencia es siempre inconsciente, ya que la imprudencia es siempre un supuesto de error sobre la realidad fáctica”.

²⁴⁷ La total carencia de representación del hecho tiene la misma relevancia normativa que la representación no conforme con la realidad. BINA VINCE, pp.140 y ss: “la interpretación mayoritaria desconoce también la diferencia entre representación y anticipación. Es preciso señalar la tesis que la imprudencia consciente consta de un elemento intelectual común con el dolo y que imprudencia consciente e inconsciente se dejan diferenciar de esa manera. En la imprudencia consciente el autor tampoco ha percibido, en virtud de su anticipación errónea, la realización del tipo. La imprudencia consciente se diferencia de la inconsciente, en definitiva, en que la primera se refiere a una anticipación errónea de las consecuencias, y la segunda, a una representación errónea de la situación objetiva, Cfr. FEIJÓO, El dolo eventual...p.56, nota 76

²⁴⁸ Cabe hacer aquí algunas matizaciones que hacen algunos autores, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*...pp.307 y ss., con una visión normativa de la imputación subjetiva; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*...pp.65,165 y ss., con una visión aún influenciada por consideraciones psicológicas; ZILEINSKY, *Dolo e imprudencia*...15,16/18, con una perspectiva etizante de la distinción entre el dolo e imprudencia que se basa en el criterio de decisión contra los bienes jurídicos.

De manera distinta, MIR PUIG, Derecho penal. PG...10/100 y ss., “Si el tipo exige una conducta creadora de un riesgo típicamente relevante, el tipo subjetivo depende de si tal riesgo ha sido conocido por el sujeto. Este planteamiento no atiende a la actitud interna emocional del sujeto ante el hecho, si lo ve con agrado o con indiferencia, etc.; sí es decisivo, en cambio, que el sujeto “tome en serio” el riesgo, en el sentido de que no lo descarte, puesto que de otro modo no puede decirse que el peligro para el bien jurídico sea concretamente advertido por el sujeto. Para esto no basta con saber que la conducta entraña un peligro estadístico, si el sujeto llega a la conclusión de que en su caso concreto no va a producir el resultado. Esto es lo que sucede en la culpa consciente: en ella el peligro estadístico es conocido pero descartado y, por tanto, no tomado en serio en el caso concreto. Para el autor el peligro estadístico que reconoce no existe como peligro concreto en su caso. Falta la verdadera consciencia del peligro de la acción concreta”. Considera MIR PUIG, que la concepción defendida tradicionalmente por las teorías de la voluntad: “Tomar en serio” el peligro es, pues, necesario para el dolo eventual. Pero, ¿hace falta además algún otro elemento voluntativo, como el “conformarse”? Es evidente que para la realización del tipo no basta con advertir el peligro para la realización de la conducta, sino que hace falta algún acto de voluntad que la ponga en marcha y la dirija- por lo menos esto es innegable en los delitos de acción positiva-. Se ha objetado que esta conducción voluntaria no es un elemento del dolo, sino de todo

tipo aunque sea de forma eventual o la realización sea insegura, decisión que no existe en los supuestos de imprudencia, donde sólo se decide realizar un hecho atípico de forma descuidada. El dolo es una decisión consciente de realizar el hecho típico. Las normas no estabilizan conocimientos, salvo cuando así lo contemplan de forma expresa, sino voluntades o motivaciones que evitan el apartamiento de las normas directivas de conducta. Por lo tanto, el dolo no sólo consiste en un elemento intelectual que no es más que su base fáctica, sino que además ha de tener un elemento que tiene que ver con la voluntad del sujeto, con las intenciones que tenga de realizar un resultado o crear un peligro jurídicamente desaprobado, estas actitudes internas cuentan para la configuración de un concepto de dolo basado en la previsibilidad objetiva del

comportamiento humano. Cabe responder que cuando esta voluntad, necesaria para toda acción, va acompañada del conocimiento de que se realiza el tipo, se convierte en voluntad consciente que sólo caracteriza el dolo". Prosigue MIR: "Ni el timar en serio el peligro, ni el 'no descartarlo' o 'no confiar' en su realización son elementos emocionales, sino expresivos de una apreciación intelectual del peligro que efectivamente existe en el caso concreto: no dicen nada de la actitud de agrado, desagrado o indiferencia del autor frente al hecho o su peligrosidad. Lo mismo puede decirse de la convicción o de la creencia"...*Derecho penal*, Séptima edición, p.265, "de que en su caso concreto no va a producirse el resultado, que entiendo como un pronóstico concreto de carácter intelectual y bien alejado de la actitud emocional del deseo, de la aprobación, rechazo o indiferencia, que exigen las 'teorías de la voluntad'" MIR, utiliza el criterio de "tomar en serio" en el sentido que el autor opere sobre un juicio válido y serio para él con respecto a la realización del tipo.

FEIJÓO, *El dolo eventual*...pp.58 y ss., afirma que el resultado forma parte del injusto, es precisamente esta consideración lo que lo separa de la concepción de MIR, por tanto dolo e imprudencia, se extienden para FEIJÓO- hasta el resultado. De acuerdo con MIR PUIG, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho*...p.401: "El objeto del dolo viene constituido por la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante para bienes jurídico-penales; ni el proceso causal, ni la relación de imputación objetiva del resultado en sentido estricto, ni el resultado, quedan dentro de su ámbito; sí, en cambio, todos los elementos de la conducta que hacen de esta conducta ex ante penalmente relevante".

Opina FEIJÓO, "que estas diferencias no tienen que ver con la distinta concepción del dolo, sino, con la distinta ubicación dentro de la teoría jurídica del delito. En mi opinión, sin tener en cuenta el resultado no se puede saber qué es un peligro concreto ni se puede determinar la conducta típica. Por tanto es un elemento, que aunque de manera insuficiente, determina el alcance del tipo objetivo. ¿Cómo se podría afirmar que el dolo "requiere el pronóstico por parte de que en su caso puede producirse el resultado, y afirmar que el dolo no tiene nada que ver con el resultado sino solo con la conducta típica? Pero estas variaciones tienen que ver con las visiones específicas del injusto penal y no con las diferencias de imputación a título de dolo. El que toma la decisión de crear un riesgo o de no evitarlo siendo garante toma una decisión ex ante a favor de la eventual producción del resultado. La única posibilidad de diferenciar el conocimiento de posibilidad abstracta o estadística (saltarse un stop, no desinfectar el material para una intervención quirúrgica, no colocar barandillas en una obra para proteger a los obreros, etc.) que no es suficiente para el dolo de la peligrosidad concreta (...) es la referencia al resultado (al objeto material concreto). Por tanto, sin referencia al eventual resultado no se dan todos los requisitos de la imputación a título de dolo porque el sujeto no llega a conocer el tipo objetivo de un delito puro de resultado-prosigue FEIJÓO- Creo que las diferencias también vienen dadas por una concepción distinta del carácter normativo del dolo y de los criterios de imputación desde esa distinta perspectiva. No se trata de que el autor "quiera" el resultado en sentido psicológico. Una persona-entendida en sentido normativo-(no meramente psicológico)-que sabe que está haciendo lo necesario para producir el resultado (crea el riesgo o no lo evita como garante) es responsable por no querer evitarlo como era su deber. Su decisión de realizar o no realizar algo es una decisión en la que se encuentra (que abarca) la producción del resultado (aunque este posteriormente no se produzca).

Con esta opinión FEIJÓO se adhiere con algunos matices a las denominadas: "teorías del riesgo". En efecto las diferencias tienen que ver con visiones específicas de lo que se entiende por injusto penal, sobre ello, Véase, nota 144.

conocimiento que pueda tener el sujeto de las circunstancias típicas (tanto descriptivas como normativas). Lo que sucede es que nuestro ordenamiento no valora por igual tanto la decisión que tiene como presupuesto un conocimiento suficiente del hecho como aquella decisión que no alcanza esos niveles mínimos de procesamiento de la realidad, una prueba de ello, es la regulación de la tentativa en el artículo 16 del Código penal, y en especial el artículo 17 respecto a la tentativa inidónea, donde el conocimiento de los medios empleados para cometer el delito es defectuoso por no tener una base ontológica (realidad) acertada, y a veces el conocimiento puede ser irracional, es decir no tiene ni una base nomológica (norma de comportamiento) ni ontológica (realidad) acertada, como el caso de las tentativas irreales o supersticiosas, que no son punibles.

En síntesis: no se desvalora lo que se conoce, sino lo que se realiza. Tampoco las “teorías de la representación” no pueden ofrecer un fundamento válido para la imputación a título de dolo si consideran que el dolo sólo está constituido por un elemento intelectual o cognitivo²⁴⁹. Una concepción normativa de la imputación a título de dolo sí puede ofertar dicho fundamento. En los supuestos dolosos el autor, debido al conocimiento del hecho típico, tiene el deber de evitar la realización del tipo. Si no lo hace infringe directamente la norma que establece el deber de evitar los hechos típicos recogidos en la parte especial (norma de conducta que caracteriza al delito doloso). Por el contrario, el autor imprudente, sólo deja de evitar una conducta que puede dar lugar al hecho típico si se dan una serie de circunstancias que el autor no conoce pero con las que debería haber tenido mayor cuidado o un cuidado debido (norma de conducta que caracteriza al delito imprudente). Esta diferencia en la infracción del deber, pues en la norma de conducta imprudente se crea un deber “atenuado” respecto del delito doloso; es lo que justifica un diferente tratamiento normativo del injusto doloso e imprudente (no sólo referente al merecimiento de pena, sino también referente al carácter excepcional de la imputación a título de imprudencia). Ello justificaría la mayor punibilidad para las distintas clases de dolo: el dolo de primer grado o intencional o de segundo grado o de consecuencias necesarias, no es más que una manera de infringir una norma, con mayor intensidad o de manera más reprochable²⁵⁰.

Estas características de índole material tienen una clara consecuencia procesal. Lo que hay que demostrar, directamente o por indicios, es que el autor conocía o no el riesgo

²⁴⁹ De la misma opinión, DÍAZ PITA, *El dolo eventual...* pp.101 y ss.

²⁵⁰ FEIJÓO, *El dolo eventual...* pp. 60, 61.

que él creó; y en la omisión impropia pudo evitar, empero, no evitó el resultado desvalorado que le competía en su posición de garante. Los datos psíquicos deben ser probados en el proceso, porque conforman el concepto de dolo entendido como un reproche de carácter objetivo, debido a la presencia de las normas de sanción, y que el sujeto pudo prever objetivamente, la realización típica. El problema de la prueba del dolo es en la práctica siempre un problema de los datos psíquicos, de lo que se representó el autor.

A continuación expondremos las tesis de los principales representantes de la teoría ecléctica.

5.1.2.- La tesis de Stratenwerth

Se debe a este autor, el haber resumido la idea básica de todas las teorías de la actitud interna, en una fórmula que pronto sería adoptada por la mayoría de autores. Se trata de la denominada “tomarse en serio” la posibilidad de que se realice el tipo; la cual ha servido para rechazar las tesis unilaterales que fundan la distinción entre dolo e imprudencia en argumentos exclusivamente cognotivistas²⁵¹.

En opinión de este autor desde hace dos siglos, las soluciones respecto a la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia, parece moverse en círculos, centrándose o bien en el querer o bien en el saber del sujeto, y ello es precisamente lo que torna irresoluble el problema en cuestión.

En su Manual se hace la pregunta si merece de acuerdo a la definición de dolo, como saber y querer la realización del tipo²⁵², interrogante que, responde de manera afirmativa, pues para definir el dolo, no basta con el elemento cognitivo, éste debe ser complementado por el elemento volitivo, cuyo contenido es justamente lo que tiene que delimitarse con precisión. Ese elemento volitivo consiste en: “una determinada actitud interna, la cual, en tanto no se deje de ser consciente de la imperfección de la expresión,

²⁵¹STRATENWERTH, Günther, *PG*, Trad. Manuel Cancio Meliá/ Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2005, Nro.8, n°m. 61.

²⁵²STRATENWERTH, Günther, *PG*, Nro.8, n°m. 61.

puede seguir señalándose, de acuerdo con la tradición, como la voluntad de realización del hecho”²⁵³.

Stratenwerth opina que es perfectamente posible que una persona sea consciente de un riesgo concreto y no obstante, al mismo tiempo, asuma al respecto de él una actitud interna que impida la imputación a título de dolo. Para este autor, lo que sucede con el sujeto que arroja al bosque la colilla encendida es que él, “en un sentido preciso, no toma en serio el peligro de que el bosque se incendie”²⁵⁴.

Que el sujeto se tome en serio el peligro que ha previsto es, pues la actitud interna que debe presentarse en él para que pueda imputársele dolo. Si el autor no toma en serio el riesgo del cual es consciente, aunque sea por motivos irracionales actúa a lo sumo con imprudencia. Stratenwerth defiende que esa posible representarse la peligrosidad concreta de la acción y no obstante no tomársela en serio diciendo que el “no tomar en serio consiste, como se ha visto, en que el peligro es conocido pero no reconocido y por lo tanto no se toma en consideración. En tales casos es como si el peligro fuera puesto entre paréntesis por el autor”²⁵⁵.

Actúa en esas condiciones, quien tomando en serio el peligro que se ha representado, se comporta temerariamente, pero en un sentido doloso. Ahora bien, ese actuar temerario, presume precisamente la consciencia de peligro. Quien carece de tal consciencia puede ser un necio o un atolondrado, pero no una persona temeraria. Y a la vez, “no tomar en serio un peligro no significa no ser consciente de él”²⁵⁶.

Analizado el problema desde el punto de vista del autor, la posibilidad no tomada en serio de que un peligro representado se realice, desde el punto de vista de merecimiento de pena, en el mismo plano o nivel que una posibilidad directamente no representada. Todo ello, conforma el espectro de la imprudencia, en tanto se den las condiciones necesarias.

No obstante, señala Stratenwerth, que la cuestión que se tome el peligro en serio o de manera somera, está en una dimensión diferente de la mera consciencia, pues al

²⁵³STRATENWERTH, Günther, *PG*, Nro.8, n°m. 66.

²⁵⁴RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo...* pp.99 y ss.

²⁵⁵RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo...* pp.99-100.

²⁵⁶STRATENWERTH, Günther, *PG*, Nro.8, n°m. 65.

momento de decidirse a actuar, el sujeto, tiene distintas posibilidades, que por referirse a bienes o intereses, tienen un carácter valorativo, de lo cual resultan determinadas pretensiones del sujeto en lo que respecta a la corrección de su conducta. De allí que Stratenwerth coincida con Puppe²⁵⁷ en el sentido que lo que justifica que una conducta dolosa sea castigada con más pena que una imprudencia, se funda en el hecho de la actitud del autor doloso, indica que para él, está permitido que el resultado contrario a Derecho ocurra, es decir, queda claro que en alguna medida, el resultado para esa persona es correcto.

El criterio de tomarse en serio el peligro, no es sólo un elemento que caracteriza al dolo eventual, sino a todas las formas de dolo, es decir, para este autor es posible un concepto unitario de dolo²⁵⁸.

Sin embargo, Stratenwerth, en las últimas ediciones de su Manual, relativiza su tesis, aduciendo que la discusión de los últimos años, ha dejado como saldo nada más que una profusión confusa de criterios cuya diferencia se agota en ese nivel lingüístico de la formulación, sin repercusión en los resultados prácticos²⁵⁹.

Lo importante es enfatizar que un concepto de dolo adecuado, debe partir de la idea que se trata siempre de una decisión en contra de la norma jurídica de conducta²⁶⁰, lo cual implica aceptar tanto una parte cognitiva como una volitiva, y que está última, a los efectos de la delimitación con la imprudencia, consiste en una actitud interna del autor, según la cual más allá de cómo se formule, queda claro que aquél está dispuesto a admitir que la realización de un tipo penal sea consecuencia de su conducta²⁶¹, bien porque se conformó con la realización del tipo²⁶², o porque toma en serio el peligro de esa realización²⁶³, o porque cuenta con ella²⁶⁴.

²⁵⁷PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*...p.35.

²⁵⁸STRATENWERTH, Günther, *PG*, Nro.8, n°m. 65.

²⁵⁹STRATENWERTH, Günther, *PG*, Nro.8, n°m. 112.

²⁶⁰STRATENWERTH, Günther, *PG*, Nro.8, n°m. 100.

²⁶¹*Ibíd.*

²⁶²STRATENWERTH, Günther, *PG*, Nro.8, n°m. 117.

²⁶³*Ibíd.*

²⁶⁴*Ibíd.*

5.1.3.- Valoración Crítica

En el seno de la doctrina alemana, Puppe²⁶⁵ ha criticado la tesis de Stratenwerth, según esta autora todas las teorías de la actitud interna, cualquiera sea su formulación, premian una actitud (el desinterés frente a la integridad ajena) que difícilmente merezca recompensa, y castigan otra (el tomarse en serio esa integridad del prójimo) que difícilmente merezca reproche²⁶⁶.

De la misma forma que sucede con la teoría de la posibilidad, aquella donde se castiga al escrupuloso. Así como esta teoría sostiene que quien es realmente escrupuloso no actúa si percibe la posibilidad de que se realice un riesgo prohibido, y si actúa es porque dejó de percibir ese riesgo, así también puede argumentarse que la persona realmente escrupulosa se abstiene de actuar si toma en serio el peligro que puede derivarse de su acción, y que si no obstante actúa es porque, en el momento exacto del hecho, por algún motivo dejó de tomarse en serio ese peligro.

En la tesis de Stratenwerth, en sí lo preponderante es la entidad objetiva del peligro, la cual tiene que ser reconocida por el autor, y no en la actitud interna que éste asuma. La característica objetiva del peligro es la que nos permite una adecuada delimitación entre dolo e imprudencia, así como lo que el autor subjetivamente concluye respecto a ese peligro. La teoría del tomarse en serio el peligro dota de importancia, sólo al conocimiento del autor, y en ello estriban sus déficits principales. Por su parte las tesis de autores “objetivistas” como Puppe y Herzberg, sólo prestan atención a la entidad objetiva del peligro, lo cual crea dificultades²⁶⁷.

Al considerar la actitud interna como un fenómeno volitivo se subestima la importancia que tal actitud puede tener en el aspecto cognitivo, pues esa actitud puede impedir que el autor enjuicie correctamente la situación o provocar que se reprima un juicio cognitivo serio ya surgido. La inversa, en cambio, no vale: nadie en virtud de un juicio serio, se haya representado correctamente un riesgo, puede volitivamente, decidir acerca de él como le plazca, no tomándoselo en serio, por ejemplo²⁶⁸.

²⁶⁵PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...* pp.72-82

²⁶⁶PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...* pp.74.

²⁶⁷ Sobre la superación de estas dificultades, a través del “metaconcepto” de dolo PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...* pp.635 y ss.

²⁶⁸JAKOBS, PG, 8/25.

Si ocurre lo señalado, esto es, si una determinada actitud interna impide que el autor enjuicie seriamente la situación, falta dolo, pero no porque esté presente en la actitud interna, sino porque ello impidió un juicio serio de conocimiento. Lo que decide la cuestión es el juicio cognitivo serio²⁶⁹. Lo interesante de esta crítica de Jakobs es que pone de manifiesto una condición de relevancia para la actitud interna que se trate: para que el dolo quede excluido, debe tratarse de una actitud que tenga la aptitud de impedir el conocimiento requerido por el dolo. Lo que decide la cuestión, es la presencia o ausencia de conocimiento adecuado, el cual puede faltar, en virtud de una actitud interna del sujeto o de cualquier otra índole. Así el tomar en serio el peligro y otras actitudes internas similares (contar con la producción del resultado, conformarse con él, etc.) serían nada más uno de los muchos indicios posibles de la ausencia o presencia de dolo, según sea el caso²⁷⁰.

A nuestro parecer la tesis del tomar en serio no representa una diferencia sustancial respecto a la teoría de la aprobación o del consentimiento, ya que entre ambos criterios hay una relación de identidad, y ambos también son actitudes internas individuales del sujeto frente al resultado o al riesgo, que muestran que el autor está dispuesto a asumir como parte de su acción una consecuencia que prevé como posible, lo cual ocurriría si el autor, aprueba el resultado o lo consiente, o está de acuerdo con él, o lo toma en serio, etc. Esta misma crítica es extensible para el trabajo de Díaz Pita donde la autora insiste en hacer encajar el elemento volitivo, entendido en su sistema como consentimiento, se distorsiona con ello el concepto-objeto de dolo a tal grado, que su significado inicial se convierte en irreconocible²⁷¹.

5.1.4.- La tesis de Roxin

En lo que respecta al concepto específico de dolo eventual, Roxin propone la siguiente definición: “decisión ante la posible lesión de bienes jurídicos²⁷²”. Para llegar a ella parte el autor del caso límite de la correa de cuero²⁷³. Roxin confronta este caso con todas las teorías sobre el concepto de dolo eventual y su delimitación con la imprudencia propuestas hasta entonces, y su conclusión es que ninguna de esas teorías

²⁶⁹JAKOBS, PG, 8/25.

²⁷⁰FEIJÓO, *El dolo eventual*...p.35., señalando los innumerables criterios de actitud interna: “espera”, “consiente o aprueba internamente”, “asume”, “aprueba”, “acepta”, “ratifica”, “toma en serio o en consideración”, “ansía”, “está de acuerdo con”, “se resigna a”, “se conforma con”, o “cuenta con”, etc.

²⁷¹DÍAZ PITA, *El dolo eventual*...pp. 289,322.

²⁷²ROXIN, PG, p.425.

²⁷³ROXIN, PG, p.424.

resulta idónea para lograr una solución satisfactoria según su punto de vista, esto es, una solución que permita imputarles dolo a los autores.

Roxin entiende que dichas teorías pueden subdividirse en dos grupos principales, y que uno de esos grupos se acerca más que el otro a una solución adecuada del problema. El primer grupo estaría conformado por aquellas teorías que fundan el concepto de dolo eventual e imprudencia consciente, en una actitud interna del autor respecto al resultado, teorías del consentimiento, de la aprobación; y el segundo, por aquellas que centran el concepto en la estimación que realiza el autor acerca del curso del suceso que prevé, teorías de la probabilidad, teorías de la posibilidad.

Roxin rechaza las teorías del primer grupo, pues, según su opinión, el derecho penal se orienta fundamentalmente a la protección de bienes jurídicos. Por tanto, a aquél “no puede interesarle en primer término que se dañe un bien jurídico, en virtud de una especial actitud censurable; antes bien debe evitarse que ese daño simplemente no se produzca”²⁷⁴. De allí que para Roxin, lo que fundamentalmente diferencia a la culpabilidad dolosa de la imprudente es: “si el autor, sin que interesen sus sentimientos, esperanzas o deseos, se ha decidido o no en favor de una posible realización del tipo”. Las diferencias en el plano del ánimo del autor, no repercuten en el dolo, sino a lo sumo en la determinación de la pena.

A las teorías del segundo grupo, en cambio, Roxin, las considera más cercanas a su punto de vista. Lo decisivo para decidir si el comportamiento del autor refleja una decisión a favor de la violación del bien jurídico, es necesario saber cómo él ha estimado que se desenvolverá el suceso que se representó. Ello como lo ha puesto en relieve Puppe²⁷⁵, implica aceptar cierta objetivación y hasta una normativización del concepto de dolo, pues no es el autor sino el Derecho, el que decidirá, conforme a la representación concreta del sujeto, si éste se ha decidido o no a favor de la lesión del bien jurídico.

Este aspecto normativo, es puesto de manifiesto por Roxin, cuando afirma: “el concepto de decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como un puro

²⁷⁴ROXIN, PG, p.425.

²⁷⁵PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*pp.55, 86, 103.

fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos”²⁷⁶. De tal manera, que no es necesario que la “decisión” en cuestión se dé como un acto reflexivo, en forma de resolución psíquica²⁷⁷. De allí que Roxin afirme también que su posición en este punto sería compatible con la finalista “si se parte de un concepto normativo de finalidad”²⁷⁸, es decir si por finalidad se entiende, la realización del plan como objetiva.

Roxin entiende que con el concepto de dolo eventual y la consiguiente delimitación material entre dolo e imprudencia por él propuestos se consigue solucionar con acierto, en favor del dolo, el caso de la correa de cuero, “pues los sujetos no actuaron de manera descuidada e irreflexiva, sino que se dieron perfecta cuenta que su actuación podía conducir fácilmente a la muerte de la víctima, y precisamente por eso renunciaron a ese plan. Cuando después al fracasar el plan sustitutivo, volvieron al proyecto original, se arriesgaron conscientemente a la muerte de la víctima, por muy desagradable que les resultara tal consecuencia. “Incluyeron en su cálculo” la, eventual, muerte de la víctima, la hicieron parte integrante de su plan y, en esa medida, la quisieron”²⁷⁹.

Roxin se ocupa de despejar de toda duda en el sentido que su concepción de dolo eventual no difiere con el criterio de tomarse en serio la realización del tipo²⁸⁰. Sin perjuicio de aclarar las fórmulas o las plasmaciones verbales, que no pueden ser aquí que meras aproximaciones; admite que “se puede decir que hay que afirmar dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de realización del tipo...En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad del resultado, pero no se lo toma en serio...., sino que negligentemente confía en la no realización del tipo”²⁸¹.

De esta manera estas definiciones, tales como “tomarse en serio”, “resignarse a”, entre otras, no son definiciones conceptuales de dolo eventual²⁸², se tratan de expresiones cuya funcionalidad es empleada para delimitar al dolo eventual de la imprudencia consciente. Estas expresiones, a lo sumo hacen referencia a indicios de los cuales puede

²⁷⁶ROXIN, PG, p.429.

²⁷⁷Ibíd.

²⁷⁸ROXIN, PG, p.426.

²⁷⁹ROXIN, PG, p.425.

²⁸⁰ROXIN, PG, p.425.

²⁸¹ROXIN, PG, p.427.

²⁸²ROXIN, PG, p.431.

inferirse la presencia de dolo eventual, esto es, la presencia de una decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos²⁸³.

Para Roxin, tanto el concepto de decisión a favor de la lesión del bien jurídico, como la constatación de datos fácticos de carácter psíquico, importan en la medida que se interprete el comportamiento del autor como aceptación del resultado, ello se hará de acuerdo a parámetros valorativos que no son otros que los normativos dados, en propiedad por el Derecho. En tal sentido opina el autor, que tanto el criterio de Puppe del “peligro de dolo” como el suyo de la posible lesión de bienes jurídicos son, en última instancia, parámetros normativos²⁸⁴, que conducen a la afirmación de dolo en los casos de evidente mayor culpabilidad. La diferencia con la tesis de Puppe, radica en que ella ofrece un único parámetro valorativo, la entidad de la peligrosidad de la conducta por el autor; empero, la suya tiene la virtud que toma en consideración la totalidad del suceso como objeto de valoración para determinar si aquél puede ser interpretado como decisión a favor de la lesión del bien jurídico²⁸⁵.

A fin de demostrar la eficacia de su criterio de la decisión sobre el de Puppe del peligro de dolo, pone como ejemplo, el caso del karateka²⁸⁶, Puppe se vería forzada a afirmar dolo, pues en dicho supuesto no puede negarse la entidad del peligro inherente a la acción es elevado. Pero si se toman en cuenta todas las circunstancias del caso, dice Roxin, y no sólo la entidad del peligro, lo que resulta es que el autor no tenía ningún motivo para cometer el hecho, y de ello cabe inferir la ausencia de dolo. Esta visión integral, que no toma en cuenta sólo el peligro creado, sino también otras circunstancias, como por ejemplo, las características personales del autor y su relación con la víctima²⁸⁷. Por esta razón, Roxin, sostiene que su punto de vista se encuentra más próximo a las tesis desarrolladas por Hassemer y Schünemann, fundadas ambas teorías en el contraste de distintos indicadores y contraindicadores empíricos, propios de cada caso y que tienen la operatividad de complementarse o cancelarse entre sí. Entiende el

²⁸³ ROXIN, PG, pp.428-431.

²⁸⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...* pp.331-333. Esta evolución del pensamiento de Roxin respecto a criterios normativos que sirvan para delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente, se encuentra en: ROXIN, *FS-Rudolphi*, 2004, pp.244 y ss.

²⁸⁵ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...* nota 343.

²⁸⁶ BGH, NStZ 1988, 175.- En esta jurisprudencia alemana, el padre se había quedado a cuidar al hijo. El padre se encontraba hablando por teléfono, cuando el niño empezó a llorar, ante la desesperación de ver que éste no se callaba, el novio que era karateca le dio un golpe de karate con la mano a la altura de la cabeza, ocasionando la muerte del niño.

²⁸⁷ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...* nota 345.

autor que la tesis de Puppe forma parte de un “normativismo cognitivo”, mientras que la de él forma parte de un “normativismo volitivo”, a juicio del autor, esta tesis parte de tomar en cuenta la diferencia de culpabilidad que existe entre dolo e imprudencia, que es precisamente lo que legitima la mayor punición del primer grupo de casos, o sea los dolosos; es importante considerar además, que para el concepto de dolo, “todas las circunstancias relevantes para la culpabilidad”, como por ejemplo las motivaciones y razones del autor, y no conformarse únicamente con la entidad del peligro inherente a la acción, circunstancia ésta sin dudas importante, pero no suficiente para enjuiciar a una conducta como dolosa²⁸⁸.

El criterio de la “decisión a favor de la lesión del bien jurídico”, es en el marco de la dogmática del dolo, un “principio rector normativo”, de la misma índole que lo son sus conceptos de “conformación central” para la dogmática de la autoría y de “retorno a la legalidad” para la dogmática del desistimiento voluntario. En tanto que lo importante es considerar aspectos empíricos dentro de un marco normativo, sostiene además que su punto de vista coincide con el de Schünemann, en el sentido que constituye una combinación entre el pensamiento normativista y el de las estructuras lógico-objetivas²⁸⁹.

5.1.5.- Valoración Crítica

Uno de los problemas que se advierten en la tesis de Roxin, en lo referente al criterio que utiliza para delimitar dolo de imprudencia, es la generalidad de sus enunciados. Así por ejemplo, afirma que al derecho penal “no puede interesarle en primer término evitar que se dañe un bien jurídico en virtud de una especial actitud interna censurable; antes bien debe evitarse que ese daño se produzca”²⁹⁰. Con ello, parece que se está colocando

²⁸⁸PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.333, nota 348.- Nos informa el autor que en uno de los trabajos monográficos más recientes sobre dolo defiende una tesis similar a la de estos autores. Se trata del trabajo de habilitación de Safferling, quien menciona como indicadores relevantes, entre otros, a los siguientes: la peligrosidad objetiva de la acción, el motivo para la acción, la capacidad de percepción de la situación de peligro, la habituación al riesgo del autor, la experiencia previa del autor en situaciones peligrosas, la posibilidad de control del curso del suceso según el punto de vista del autor, la puesta en práctica de una voluntad de evitación, la cercanía emocional entre autor y víctima, entre otros. Cf. SAFFERLING, *Vorstaz*, 2008, pp.185 y ss., a juicio del autor, indicadores propuestos por otros autores. En contra de esta tendencia, PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.109. Afirma lo siguiente: “Hay que precaverse de la tendencia recientemente fortalecida de querer resolver el problema de la distinción entre dolo e imprudencia mediante un conglomerado de criterios de valoración intercambiables sobre el hecho o incluso el autor en una forma de visión en conjunto, por consideración al principio de culpabilidad por el hecho y a la seguridad y claridad jurídicas”. Postura con la que estamos de acuerdo.

²⁸⁹PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.334, nota 351.

²⁹⁰ROXIN, PG, p.425

al fin de protección por delante de todo, en el sentido de que lo que importa es evitar el daño a toda costa, a punto tal que de ninguna manera, una actitud interna, un mero ánimo, puede interponerse. Esta idea de circunscribir el fin del derecho penal a la protección sin más de bienes jurídicos, podría tener, sin embargo más efectos legitimantes que limitadores del castigo penal, y podría, llegado el caso, derivar, incluso en consecuencias contrarias al principio de mínima intervención²⁹¹.

Decimos que la sola idea de protección de bienes jurídicos es genérica, en el marco de un Estado de Derecho, si el derecho penal quiere ser respetuoso del principio de mínima intervención, no debería tener un cometido tan amplio. Debería, antes bien, reservar el castigo más grave únicamente a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, la cual según la conducta del autor podría ser racional o arbitraria, esto lo decidirá el Derecho a través de las normas de sanción previstas en la parte especial del Código Penal. Lo importante es que la conducta del autor ya cumple un efecto comunicativo de carácter intersubjetivo, lo cual permite un apartamiento intenso por parte de sus destinatarios. Todo ello guarda correlato con lo prescrito en el art. IV del título preliminar de nuestro Código: *La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.*

Brevemente: partir de ideas tan generales como “protección de bienes jurídicos” o “necesidad de efecto comunicativo suficiente” no se garantiza una filiación político-criminal determinada. Es necesario observar en qué sentido específico se desarrollan esos principios, en función de la teoría que se trate. De hecho, si se interpreta de modo coherente y global, el pensamiento de Roxin, está claro que él está lejos de sostener una concepción contraria al principio de mínima intervención, como lo demuestra en especial su desarrollo acerca del concepto material de delito²⁹².

Si su formulación fuera menos vaga o general, más sencilla sería su identificación con una determinada forma de concebir el derecho penal. De allí, que a nuestro parecer, sea mejor no identificar al dolo como la mera realización de un plan delictivo, o con la mera decisión a favor de la lesión de bienes jurídicos, sino, con la realización de un plan delictivo en donde los posibles autores lo desarrollen de una manera racional, es decir

²⁹¹ Contra argumentación tomada de: SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal*. Parte general, 3ra ed., Hamurabi, Buenos Aires, 2006, p.57.

²⁹² ROXIN, PG, pp.51-77.

tomando una decisión racional en favor de la lesión de bienes jurídicos. Por el contrario, planes irracionales, no pueden fundar ni el dolo, ni la punibilidad. Y en esta instancia el “efecto comunicativo” de una acción, en un contexto específico, es lo que permite que el Derecho pueda valorar la racionalidad. Así, por ejemplo es perfectamente posible (contrario a lo que sostiene Roxin) que quien tiene la intención de crear un peligro ya no tolerado por el Derecho, conscientemente, pueda ser punible a lo sumo por imprudencia, por ser su intención, dentro del contexto específico irracional.

En la tesis de Roxin, también es posible observar algunos rezagos de las teorías del consentimiento, pues para fundamentar el concepto de dolo eventual, recurre a la normativización de la decisión, y que por tanto no depende de la existencia fáctica de una auténtica decisión psíquica de parte del sujeto; así concluye que el autor se ha decidido eventualmente a favor de la lesión del bien jurídico. De modo similar la teoría del consentimiento, sostenía que en dichos casos el autor ha querido eventualmente el resultado, o que el resultado era co-querido para el autor²⁹³. Su teoría es, por tanto también una teoría de la actitud interna, de fuerte influencia psicológica, y corresponde ubicarla en este lugar.

Desde nuestro punto de vista, el concepto básico de dolo de Roxin, incurre en contradicciones, ya que el parte de la teoría de la voluntad, es la forma del denominado dolo directo de primer grado, la que proporciona el concepto básico de dolo, de la cual el dolo indirecto o de segundo grado, y el eventual describen “un debilitamientos graduales sustanciales”²⁹⁴. Si determinadas condiciones son necesarias para afirmar la presencia de dolo directo, como pueden ser por ejemplo: la intención, o el propósito de realizar el tipo, pero no lo son para afirmar la presencia del dolo eventual, y no obstante se habla ya de dolo eventual, entonces es evidente que éste último constituye el concepto básico y que sus características definitorias serán suficientes para la definición de dolo. Roxin, llega forzosamente a esta conclusión, cuando demuestra que también en el dolo eventual se da una decisión a favor de la lesión de bienes jurídicos, este proceder de Roxin, hace que el denominado dolo eventual proporcione el concepto básico de dolo.

²⁹³Vid. supra, pp. 85 y ss.

²⁹⁴ROXIN, PG, p 425, nota 25.

Lo dicho en el párrafo anterior tiene importantes consecuencias, si se considera que el dolo eventual contiene todo aquello que permite hablar de dolo puede legitimarse que a un caso de dolo eventual se le pueda aplicar la misma escala penal que a un caso de dolo directo. Por contra, si se ve en el dolo eventual una forma “debilitada” de dolo, esa legitimación pasa a ser dudosa, o al menos difícilmente compensable en el ámbito de determinación de la pena.

Ahora bien, en cuanto a la resolución del caso de la correa de cuero, creemos que la solución ofrecida por Roxin, es insatisfactoria, porque no se explica por qué es forzoso concluir que, al momento de utilizar el cinturón de cuero, los ladrones se decidieron favor de la muerte de la víctima, y por qué no es posible, por el contrario, concluir que, precisamente en ese momento confiaron en que dicha muerte no se produciría, sobre todo teniendo en cuenta que de ninguna manera deseaban que la víctima muriera. No se explica esta solución, especialmente si se acepta que para Roxin, un automovilista que conoce las posibles consecuencias de su violación a las reglas del tránsito, aun sabiendo que su conducta es extremadamente temeraria, sí puede actuar de manera imprudente, pero no un ladrón que conoce las posibles consecuencias de su acción contra la víctima, al cual sólo cabe imputarle dolo; o que un automovilista sí puede representarse y dejar de representarse súbitamente y de un momento para el otro la posibilidad concreta de producción de un resultado típico no deseado, pero a un ladrón se le niega tal posibilidad. ¿No importa esto una “justicia de clase”, como denunciaron algunos autores del período clásico? La salida para la diferenciación no puede residir en criterios de utilidad social de la acción cuando la probabilidad de realización del peligro es alta, como se puede apreciar, y puede ser alta o muy alta en ciertos casos de tránsito vial, por lo que no resulta correcta una diferenciación *a priori* entre diversos ámbitos del derecho penal, como los delitos de propiedad y los delitos ocurridos en el tránsito vial.

El recurso al argumento de la *poena naturalis* al que acude Roxin²⁹⁵ tampoco permite explicar de manera satisfactoria, la diferencia de tratamiento para la constelación de casos de tránsito vial en contraste con los de robo. En el caso del automovilista se admite la confianza en que nada malo le ocurrirá porque de lo contrario “el mismo será la primera víctima de su conducta”²⁹⁶, lo cual no ocurre en el caso de la correa de cuero. ¿Vale este argumento como criterio general? Si valiese como argumento general,

²⁹⁵ROXIN, PG, p.425.

²⁹⁶Ibid.

entonces en el caso de la correa de cuero, y siendo consecuentes con la tesis de Roxin, los ladrones serían víctimas de su accionar, ello se traduce en una *poena naturalis* para ambos, y por esta razón sólo se les imputaría imprudencia consciente, pues los ladrones tenían la confianza de que nada malo ocurriría, no creemos que Roxin estaría dispuesto a aceptar sólo imprudencia en este caso.

Una cuestión debatible y en este sentido la idea de la *poena naturalis* presta su utilidad como indicador de dolo, es que el autor que se ve perjudicado por peligro que el mismo crea o que no evita utilizando “máximas de riesgo” iguales para sí mismos como para otros, y por ello es más fácil constatar la inexistencia de dolo, ya que todo el mundo actúa por móviles egoístas o de supervivencia. Exceptuando, claro está, ciertos supuestos evidentes: conductores suicidas, atentados terroristas suicidas; la existencia de resultados inesperados y nocivos para el autor supone un indicador bastante fiable²⁹⁷. Lo que es objeto de nuestra crítica son las incongruencias en las consecuencias prácticas de la tesis de Roxin.

5.1.6.- A propósito de la tesis de Roxin. La relación del dolo con la teoría de la imputación objetiva

La correspondencia que existe entre el dolo y la teoría de la imputación objetiva, viene referida a que sin un desarrollo del tipo objetivo en los delitos de resultado lesivo, establece mejores filtros que delimitan relación de causalidad en los tipos penales²⁹⁸. Las “teorías de la voluntad” utilizaban tradicionalmente el correctivo del elemento volitivo debido a las insuficiencias de la “teoría de la representación” en su variante de las “teorías de la probabilidad”²⁹⁹. Por la misma razón, también se exigía desde

²⁹⁷ FEIJÓO, *El dolo eventual...* pp.137-138.

²⁹⁸ Cf. ENGISCH, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, 1931, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2008, pp.83-134.

²⁹⁹ En el marco de la “teoría de la imputación objetiva” algunos autores han desgajado del criterio amplio de “fin de la protección de la norma” el criterio más restringido de “alcance o fin de protección de la norma penal”. Sobre esta cuestión... La imputación objetiva JAKOBS, CANCIO, ROXIN y con mayores referencias en FEIJÓO, *El dolo eventual...* p.84, nota 117.

El representante más genuino de esta teoría es MAYER: “Probabilidad significa algo más que una simple posibilidad y menos que una probabilidad” en DÍAZ PITA, *El dolo eventual...* p.89., FEIJÓO, *El dolo eventual...* p.84, nota 118. Sobre las teorías de la probabilidad en sentido crítico; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...* pp.273 y ss., JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*. PG. Trad. Olmedo Cardenete, 5ta edición, Comares, Granada, 2002, pp.329-330., KÖHLER, *La imputación subjetiva: Estado de la cuestión*, pp. 71-90 en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 200, AA.VV.

En los últimos tiempos la formulación más interesante reside en los trabajos de PUPPE..., que con su idea del “peligro cualificado” pretende desubjetivizar el dolo y normativizar la tradicional teoría de la probabilidad. Para esta autora dolo es el conocimiento del peligro cualificado, considera que hay una diferencia cualitativa entre el propio peligro del dolo y el peligro propio de la imprudencia y, mantiene

posiciones más modernas que el autor “se tomara en serio” la producción del resultado. Pero con una correcta visión y determinación del tipo objetivo como materia de referencia de la psique del autor no es preciso que el autor persiga si su postura emocional ante el hecho o espere como criterio regulador arbitrario. De acuerdo con “la teoría de la imputación objetiva” que considera que al menos cierto tipo de delitos de resultado consisten en la creación de un riesgo que se realiza en un resultado, el autor debe representarse el riesgo típico. No es suficiente con que el autor se represente de alguna manera la posibilidad o la producción del resultado o cualquier tipo de peligro, sino que debe representarse la concurrencia de los elementos o circunstancias que configuran cada supuesto típico. Debe representarse el hecho penalmente relevante para el tipo penal. Si el tipo objetivo de los delitos puro de resultado exige algo más que la relación de causalidad (delitos de peligro), la imputación a título de dolo como objeto de conocimiento exige algo más que la mera posibilidad de causar el resultado. Sólo se puede hablar de dolo de lesión cuando el autor prevé un riesgo típico que crea, o que, por otras razones, es cosa suya y que tal como lo prevé se puede realizar en un resultado. Aquí radica la diferencia entre las “teorías tradicionales de la representación” y una “teoría intelectual del dolo” que presupone la imputación objetiva del hecho al autor basado en criterios no exclusivamente causales. Si se determina de forma correcta el alcance del tipo objetivo y se exige la representación o prognosis racional del hecho típico (tipo subjetivo), y que no basta algún tipo de pensamiento de referencia mental al

frente a la posición mayoritaria, que “el autor no es el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo que conoce, sino que el competente es el derecho”. PUPPE, parte de la idea que las “teorías de la probabilidad” han triunfado *de facto* en los fundamentos teóricos de la ciencia jurídico-penal y en una gran parte de las decisiones judiciales. Esta autora, sin embargo, no pretende determinar la cualificación del dolo como lo hacían las “teorías tradicionales de la probabilidad”, sino con una medida normativo-racional. Según, PUPPE, si el autor realiza algo (estrangular con una pañoleta a otra persona) que para una persona racional o respetuosa con las normas supone una máxima que el resultado lesivo se tiene que producir o se puede producir habrá dolo. Se imputa el resultado a título de dolo cuando una persona que piensa y actúa racionalmente, situada en el lugar del autor sólo podría haber actuado así si hubiera querido realmente el resultado o lo hubiera asumido. En su intento de objetivización y de normativización a título de dolo de PUPPE existe un fondo correcto. Lo que sucede es que el tipo objetivo no es una mera cuestión de cantidad y calidad del peligro, sino de la configuración del tipo. La imputación a título de dolo no depende de la entidad del peligro, sino de su relevancia típica. Y dicha relevancia tiene la misma importancia para el dolo y la imprudencia. Por ejemplo, no se puede decir que el contagio del SIDA por vía sexual sea siempre un supuesto de imprudencia al tratarse de un peligro muy pequeño, pero se convierte en dolo si se mantiene un determinado número, de relaciones sexuales con la persona. Se trata siempre de un riesgo típico, cuya imputación a título de dolo o imprudencia depende del conocimiento que el autor tenga de los factores de riesgo. PUPPE vuelve a plantear los problemas que tiene la “teoría de la adecuación” con los “grados de tendencia” y vuelve, a caer, en consecuencia, en los mismos problemas. Los problemas de PUPPE se encuentran en la falta de un desarrollo del tipo objetivo. Lo importante es saber lo que sabe o podía conocer el autor en esa situación concreta. No se puede prescindir de la representación del autor ante un hecho, que va a realizar asignándole un conocimiento ficticio. En un sentido similar ROXIN, *Derecho penal*. PG. 12/45., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*p.102.

resultado, no se puede aceptar ninguna crítica que se extiende en demasía al ámbito del dolo en detrimento de la imputación por imprudencia, y, por ello, no hace falta una referencia a lo que el autor quiera como determinante de la imputación jurídico- penal. Por ello, es innecesario recurrir al elemento volitivo referido a la consumación del tipo en los denominados delitos de mera actividad³⁰⁰. En estos casos para hablar de dolo basta el conocimiento de los elementos típicos, mientras el error sobre alguno de ellos elimina siempre el dolo. La supuesta confusión entre dolo eventual e imprudencia consciente que se le ha reprochado a las “teorías tradicionales de la representación” parte de una todavía insuficiente determinación del tipo objetivo que ha ido intentando superar la denominada “teoría de la imputación objetiva”. Según esta teoría la probabilidad de producción del resultado no es lo que determina el alcance del tipo sino los criterios normativos extraídos de una interpretación teleológica de los diversos tipos de la parte especial. Por esta razón las “teorías de la probabilidad” de corte subjetivista resultan rechazables. Han resultado insatisfactorios los intentos de la “teoría de la probabilidad” pudieran dar un criterio delimitador para el dolo e imprudencia, conceptos como probabilidad y posibilidad o su determinación en base a porcentajes resulta indeterminable en la práctica. Además, las teorías de la probabilidad operan sobre datos ficticios; los seres humanos no toman decisiones en base a un cálculo probabilístico que se asemeje al cálculo matemático. De otra parte, hay que reconocer en esta teoría cuando la probabilidad de lesión no es sólo alta sino evidente, por lo que el autor no puede excusarse en una percepción errónea de la realidad. La mayor virtud de las teorías de la imputación objetiva, podría residir en su acervo crítico hacia los aspectos volitivos

³⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Observaciones sobre el eventual...* p.114., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, defiende la necesidad de un elemento volitivo para la imputación a título de dolo, pp.165 y ss. (el elemento volitivo en el dolo de peligro), al ocuparse de los delitos de conducta tasada como los delitos de peligro concreto, éste pierde su importancia y opera como un adorno. Así, lo afirma, p.168: “Para afirmar el dolo de peligro basta con que el sujeto decida seguir actuando, pese a la representación del peligro concreto. Ello no significa que se prescinda del elemento volitivo, sino tan sólo que su mínimo exigible viene implícito en la actuación pese a su representación, lo cual puede ser de gran utilidad en la práctica, sobre todo a efectos probatorios. Sólo en los supuestos de dolo directo de primer grado o intención-por otra parte excepcionales-, en los que el sujeto persigue como fin de cómo fin de actuación precisamente la creación de la situación de peligro concreto, adquiere entidad propia”.

En, p.196, llega también a la conclusión de que: “no obstante y pese a las afirmaciones anteriores, no cabe duda de que el aspecto “volitivo” o de decisión-el desvalor subjetivo de la acción- en el dolo de peligro es mucho menos relevante, tiene un menor peso en el injusto frente al desvalor objetivo, que en el dolo de lesión”. Incluso en el capítulo cuarto, que se ocupa del tipo subjetivo de los delitos de peligro abstracto, desaparece toda referencia al elemento volitivo necesario, según RODRÍGUEZ MONTAÑÉS para afirmar la existencia del dolo.

Por lo tanto, si el elemento volitivo resulta menos necesario para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS cuánto más descrita se encuentre la conducta típica, con el elemento volitivo se quieren resolver cuestiones que no tienen que ver directamente con el tipo subjetivo, sino con el tipo objetivo.

y emotivos del injusto, como parámetros constitutivos del injusto doloso. A partir de estas críticas es posible desarrollar una alternativa que se puede construir a partir de “las teorías de la probabilidad”.

El tipo objetivo se muestra como la referencia del tipo subjetivo. Así en los delitos de resultado lesivo, el riesgo típico (peligro típico) permite explicar aquél que ha de ser siempre el objeto de referencia del dolo y de la imprudencia. De esta manera resulta abarcable y planificable el resultado para el autor doloso o para el autor imprudente. Por ende, si el resultado es consecuencia de un riesgo o de una parte del riesgo no abarcado por el dolo sólo se podrá imputar a lo sumo por imprudencia. No es posible desarrollar, en este trabajo de investigación, una teoría del tipo objetivo de delitos como el de homicidio, lesiones o daños. Sin embargo, consideramos necesario hacer referencia acerca del traslado doctrinal de la denominada “teoría de la imputación objetiva” al ámbito doloso.

El traslado de la “teoría de la imputación objetiva” del delito imprudente al delito doloso supone una revolución metodológica del injusto doloso. Un importante hito en esta evolución es la contribución de Roxin al libro homenaje de Honig con el título *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal*³⁰¹. El principal aporte de Roxin, supone el traspaso de “la teoría de la imputación objetiva”, al ámbito del delito doloso. En especial para los tipos de resultado que son los que plantean mayores problemas, ya que en los otros la idea de bien jurídico protegido contribuye a desarrollar la interpretación teleológica de los tipos³⁰². La “teoría de la imputación objetiva” empezó así a adquirir madurez como teoría global del tipo. De esta manera, aunque no se dijera de forma expresa, la idea antes formulada por Gimbernat de utilizar el criterio del “ámbito de protección de la norma” tanto para el delito imprudente como

³⁰¹ ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 128 y ss. Sobre el particular opina FEIJÓO, *El dolo eventual*...p. 94, nota 130, sobre el paralelismo entre ROXIN HONIG en la aparición de sus artículos ambos en los libros homenaje (*Festsache für Honig y Festsache für Frank*) respectivamente. El paralelismo y la importancia de ambos aportes, se dan en el contexto de su aparición donde imperaba “la teoría de la causalidad adecuada”. La ventaja de estas dos posiciones frente a la idea de la adecuación es que diferenciaban mejor la causalidad y la tipicidad.

³⁰² La idea de que el riesgo permitido (o adecuación social) limita también el ámbito del tipo doloso es compartida por los siguientes autores; BACIGALUPO, *Derecho penal. PG...*, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*...pp.215 y ss., MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Tecnos, Madrid, 1992, pp.153 y ss., la misma, p.93; Reyes, *Imputación Objetiva*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá,1994, pp. 96 y ss., En contra, PORTILLA CONTRERAS, *Relación entre algunas tendencias de la filosofía y la sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso de Habermas en la selección de valores penales*, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, L-H, a José Cerezo Mir, primera edición, reimpresión, Tecnos, Madrid, 2003, pp.716 y ss.

para el delito doloso³⁰³. De acuerdo con esta nueva perspectiva, en los tipos dolosos el tipo objetivo tampoco se reduce a la causalidad. Aunque un autor sepa y quiera causar el resultado, y en efecto lo cause, no existe una realización del tipo si no ha creado un riesgo jurídicamente relevante. Al igual que no es suficiente una relación causal con un resultado y una conducta imprudente para que quede constituido el tipo imprudente, tampoco es suficiente causar un resultado queriendo causarlo para construir un tipo doloso.

El objeto del dolo no es causar un resultado queriendo causarlo para constituir un tipo doloso. El objeto del dolo no es la causalidad sino un riesgo desaprobado por una norma penal. El riesgo permitido desempeña, por consiguiente, un papel no sólo en los tipos de resultado imprudentes sino también en los dolosos. Roxin plantea con un ejemplo, de forma gráfica, las consecuencias de su posición para el delito doloso: el cirujano que realiza una operación irreprochable, de acuerdo con la *lex artis* en la que muere un paciente no lleva a cabo una acción homicida, aunque la muerte sea querida³⁰⁴. Roxin desarrolla mediante esta traslación, la compresión del tipo objetivo del delito doloso en una serie de límites normativos que se pretendieron establecer antes mediante la idea de la adecuación. No se trata sólo de supuestos en los que se no se crea un riesgo. Hay supuestos en los que se crea un riesgo que realiza en un resultado, y aun así no se realiza un tipo de forma dolosa. Tampoco se trataba de supuestos relacionados con la errónea representación del autor doloso (error in persona, dolus generalis, error in objecto, desviación de cursos causales, etc.). En el delito doloso el método teleológico valorativo propio de “la teoría de la imputación objetiva” se ha desarrollado el *topos* restringiendo en forma gradual el alcance del tipo objetivo.

Roxin ha expuesto de modo convincente-frente a la “doctrina final de la acción”- la idea de delimitación de lo típico no tiene que ver directamente con la finalidad o intención del autor³⁰⁵. La conclusión de estas ideas son las críticas que ha recibido el finalismo en el ámbito del delito imprudente pasaron a extenderse al delito doloso. En los conocidos ejemplos del familiar rico que es convencido por su heredero para que realice

³⁰³ GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado*, en *Estudios...*pp. 145, 147. De acuerdo con este criterio del “fin de la protección de la norma” es de aplicación a los delitos dolosos, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*p.61; MIR PUIG, PG. 10/59 y ss., con mayores referencias.

³⁰⁴ ROXIN, *Problemas básicos...*pp.231 y ss.

³⁰⁵ ROXIN, *Problemas básicos...*pp.148 y ss.

abundantes viajes en avión o en tren con la finalidad de que muera en un accidente, o, de la persona que es enviada en medio de una tormenta para que sea fulminada por un rayo³⁰⁶; o el de mantener contactos sexuales con una mujer tuberculosa para que pueda quedar embarazada y fallezca en el parto, se podría motivar a los autores mediante la intimidación para no realizar esas conductas o se podría exigir otra dirección de la finalidad del autor. Si se trata de comportamientos atípicos, como nos indica la intuición, es por razones valorativas relacionadas con el tipo objetivo.

En sentido contrario, en el finalismo y algunos defensores del injusto personal, se defiende estos supuestos mediante la argumentación de que el resultado queda fuera del dominio del hecho³⁰⁷, o que no hay dolo como voluntad de realización porque semejantes sucesos sólo se pueden “desear” y no se puede confundir el dolo con el simple deseo. Pero el domino sobre un hecho puede consistir no sólo en el dominio de un curso lesivo natural y conducirlo hacia donde uno quiere sino también conducir en conducir a una persona sobre ese curso hacia ese curso lesivo natural. El problema radica en que este criterio es puramente valorativo (alcance del tipo), no de dolo. Se trata de un problema propio previo de la dogmática del dolo o de la imprudencia. En realidad nos encontramos ante una limitación objetiva de la imputación camuflada Y esta limitación objetiva tiene la misma validez con relación al dolo que con relación a la imprudencia del autor. Cuando en muchas ocasiones se afirma que el autor no infringió su deber de cuidado, en realidad se está afirmando que el riesgo que ha creado es objetivamente permitido o que falta algún elemento característico de los delitos de resultado.

La argumentación de Roxin sólo convierte a la “doctrina final de la acción” en una explicación sistemática del derecho penal que fue útil en el pasado, sino que supera en definitiva “la teoría de la causación adecuada”. Este autor evidencia con su argumentación que los problemas del tipo no tienen nada que ver con la causalidad o con la “interrupción del nexo causal” ya que en cosas como estos la relación causal es evidente. Tampoco tiene que ver con la insignificancia o inexistencia del riesgo,

³⁰⁶ Ejemplos que aparecen en CEREZO MIR, *Obras completas*, T, I, pp. 101, 137. y ss., CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...* pp. 302, 443., ZIELINSKY, *Disvalor de acción...* pp.124, notas 152 y 161, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva...* p.109.

³⁰⁷ HIRSCH, *Acerca de la teoría de la imputación objetiva*, en *Obras Completas*, T, I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, pp. 37-64., solucionan estos supuestos a través de la “doctrina social de la acción”, con referencia, a una imposibilidad objetiva de dominar el suceso, de acuerdo con el criterio general de la “susceptibilidad objetiva de ser tomado con finalidad”, como criterio de objetivo de imputación.

aunque, es evidente siempre que el riesgo no sea mensurable (facilitarle un cigarrillo a un menor de 16 años), no se puede considerar realizado el tipo correspondiente. El problema del riesgo permitido no tiene nada que ver con la medida ontológica del riesgo, sino con su relevancia con la norma penal. No se trata de que falte una situación de peligro, sino que en los ejemplos citados las creaciones o favorecimientos de riesgos no se ven desaprobados por razones específicamente derivadas del ordenamiento jurídico.

6.1- Las teorías de la representación. El primer renacimiento de la teoría de la probabilidad.

6.1.1.- La tesis de Mayer

La característica más llamativa de la tesis de Mayer, es que desarrolla la teoría de la probabilidad en el seno de la teoría de la voluntad, cuando todas las versiones de la teoría de la probabilidad se caracterizaron por constituir una variante de la teoría de la representación.

Para este autor la teoría de la imputabilidad subjetiva trata de los presupuestos subjetivos en virtud de los cuales el hecho se manifiesta como voluntad del autor³⁰⁸. Por lo demás para este autor la culpabilidad se agota en el dolo o imprudencia, según sea el caso.

Este autor define el dolo como la voluntad consciente, la misma que es continente tanto del momento del saber y de la decisión. En relación con el dolo eventual, esto es, puntualmente en la delimitación con la imprudencia, es donde Mayer se adhiere a la teoría de la probabilidad, pero sin que ello implique el abandono de su punto de partida, desde esta especial perspectiva dice: “Sólo faltaría dolo si el autor se representara como totalmente improbable a la auténtica consecución de su meta. Dicho de otro modo, el autor tiene que representarse el resultado como si éste fuese de alguna manera calculable. Pues se sigue del concepto de voluntad que nadie quiere poner el azar a su servicio”³⁰⁹. De aquí se extrae la invariable conclusión, respecto a la teoría de la probabilidad: “Siempre tiene que afirmarse dolo si el autor se ha representado como probable el resultado prohibido o las circunstancias concomitantes decisivas. (la

³⁰⁸RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo...*pp. 66-81.

³⁰⁹RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo...*p. 67.

llamada teoría de la probabilidad)...Probabilidad significa más que simple posibilidad y menos que preponderante probabilidad”³¹⁰. Esta definición le es de utilidad al autor, para la distinción entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro, ambos se diferencian según el grado de posibilidad representada. Así, existe dolo eventual de lesión si el autor se representó a la realización del peligro como probable, y existe dolo de puesta en peligro si el autor se representó ello sólo en un grado menor.

6.1.2.- La tesis de Sauer³¹¹

A diferencia de Mayer, este autor llega a la formulación de la teoría de probabilidad desde el ámbito de la teoría de la representación.

La concepción de Sauer no guarda similitudes con la teoría de la probabilidad estimada en sentido subjetivo ni con los postulados de la teoría de la probabilidad atribuida objetivamente, en tanto se refiere a una probabilidad subjetivamente; pero, por el otro rechaza uno de los principales postulados de esa teoría, según la cual, mediando intención, aunque la probabilidad representada sea ínfima, igualmente debe afirmarse dolo. De esta forma Sauer se aproxima a la teoría de la probabilidad atribuida objetivamente; si la probabilidad objetiva de que el tipo se realice es muy baja, debe negarse el dolo aun si el autor quería esa realización.

Respecto a la delimitación entre dolo e imprudencia, señala que el conocimiento seguro es algo que casi nunca ocurre, así se refiere a un “dolo de probabilidad” al que considera “el tipo básico de dolo”, y lo equipara con el dolo eventual. El “dolo de certeza” (dolo directo de segundo grado) constituye una forma calificada de aquél, y el dolo directo de primer grado una calificación anterior. De esta forma, llega a la conclusión, que el elemento diferenciador entre dolo e imprudencia es “la probabilidad o, como mínimo, la posibilidad rayana con la probabilidad”. Entonces sólo si el autor se representa al resultado típico o las circunstancias típicas concomitantes como probables o como prácticamente probables puede hablarse de dolo. Los casos de posibilidad remota, sólo entran en consideración para la imprudencia. Tan determinante es para este autor la probabilidad como criterio de distinción que, interpreta que las fórmulas de la teoría de la aprobación o del consentimiento no son más que expresiones de la teoría de la

³¹⁰PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.87

³¹¹RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo...*pp. 68 y ss. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.367-368.

probabilidad, pues quien tiene ante sus ojos a un resultado como probable y no obstante actúa, sin duda que lo aprueba o lo consiente.

6.1.3.- La tesis de Welzel³¹²

Fue Welzel quien acuñó, la afirmación: “delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente es uno de los problemas más difíciles y discutidos del derecho penal”³¹³. El concepto de dolo es referido a la voluntad de realización donde el elemento volitivo y el cognitivo³¹⁴, resultan esenciales. En lo que respecta al dolo eventual además de la representación como posible del resultado por parte del autor, la concurrencia de una determinada actitud interna del sujeto como componente volitivo.

Para Welzel, si el autor se ha representado una consecuencia accesoria como posible, en la apreciación de aquella actitud, habrá que distinguir si cuenta con que se produzca o si, por el contrario confía en que no acontezca³¹⁵. El “contar con” la posibilidad de realización del tipo, es el criterio usado para distinguir dolo de imprudencia.

Welzel sostiene, siguiendo expresamente a Mayer, que “habrá que admitir que “el contar con” se inicia cuando el autor otorga a la realización del resultado “más que una simple posibilidad y menos que una preponderante probabilidad””,³¹⁶ con lo cual, respecto del dolo eventual se adhiere a la teoría de la probabilidad.

En efecto, Welzel entiende que “la voluntad de realización no es simplemente una función de la probabilidad representada de producción de un resultado. Quien actúa puede...convertir en objeto de su voluntad de realización también algo cuya realización estima como posible, pero no probable”³¹⁷. La delimitación del querer del simple desear, o respecto a las consecuencias accesorias, es donde debe aplicarse el criterio de “contar con” y con él la teoría de la probabilidad³¹⁸.

³¹²WELZEL, Hans, PG, pp.77 y ss.

³¹³WELZEL, Hans, PG, p.83.

³¹⁴WELZEL, Hans, PG, p.77.

³¹⁵WELZEL, Hans, PG, p.81.

³¹⁶WELZEL, Hans, PG, p.82.

³¹⁷WELZEL, Hans, PG, p.84.

³¹⁸ Ibid.

6.1.4.- Valoración Crítica

Una de las críticas convencionales que se ha hecho a esta teoría apunta a su supuesta inaplicabilidad, dado que no es posible establecer qué porcentaje es necesario para pueda hablarse de dolo; ¿un 50, 65, 70% de probabilidad? Cualquier porcentaje que se elija sería arbitrario, ello, en virtud de que el destinatario de la norma de conducta, no rige su vida en función de porcentajes de probabilidad³¹⁹.

Sin embargo, esta crítica no es del todo acertada, porque sólo vale, si se entiende a la probabilidad como un concepto cuantitativo de probabilidad en el derecho penal, llevando su razonamiento al absurdo. Cuando Mayer afirma que “probabilidad” significa “algo más que simple posibilidad y menos que preponderante probabilidad”, no emplea el término probabilidad en sentido cuantitativo, sino que éste en su teoría es de índole comparativo, con lo cual permite una utilización maleable, si se quiere plástica del concepto, que es donde reside su utilidad³²⁰.

Las concepciones sobre la teoría de la probabilidad de los autores analizados, tienen una falencia, y es que todas ellas optan por la teoría de la probabilidad subjetiva, ella, atiende básicamente a lo que el sujeto se representa como probable. Como se puso de manifiesto en la crítica a la tesis de Kaufmann, la representación del sujeto, puede y debe resultar en sí misma cuestionable respecto a un baremo objetivo. De allí que sea necesario un juicio objetivo de probabilidad.

Pero también los tres autores reseñados, tienen el mérito de haber retomado una teoría que se hallaba olvidada desde el período clásico, y mucho de sus fundamentos son enriquecidos y tomados en cuenta por los actuales representantes de la dogmática del dolo, lo cual los convierte en precursores de las tendencias recientes.

Así, por ejemplo, en la literatura actual se entiende que el problema de la delimitación entre dolo e imprudencia o es de grado (*plus-minus*) o de índole (*aliud*) como lo pone de manifiesto Mayer. La observación de Sauer, en el sentido que todo lo referido entre dolo e imprudencia debe analizarse en términos de la probabilidad, lo decisivo es

³¹⁹PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.88.

³²⁰PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.85.

establecer la relación de un sujeto con acontecimientos inciertos, idea que ha servido de inspiración para uno de los mayores especialistas en esta materia³²¹.

Esta teoría también ha sido utilizada por uno de los autores de mayor prestigio en la historia del derecho penal, Welzel. El binomio conceptual “posibilidad” y “probabilidad” constituyen nada más que distintos grados, respecto a previsiones sobre el futuro o creencias sobre el presente y esa continua gradualidad es lo que la ciencia denomina “probabilidad”³²².

7.1.- Las teorías de la posibilidad

El fundamento principal de esta teoría es que dolo es conocimiento e imprudencia es desconocimiento o error, que hasta hoy, resulta ser el contrapunto más significativo y sustancial con la opinión dominante del concepto de dolo eventual y de dolo en general. Los principales expositores son Schröder y Schmidhäuser, cuyo mérito radica en haber rescatado esta teoría del período clásico, durante los primeros años de la segunda posguerra.

7.1.1.- La tesis de Schröder

Para este autor dolo e imprudencia son realidades psicológicas claramente diferentes y que constituyen el objeto de reproche de culpabilidad. El dolo, se presenta como un estado psíquico, como una relación subjetiva entre autor y hecho que debe valorarse de acuerdo a los puntos de vista de la culpabilidad. Aclara, además que esto no implica tener que aceptar las tesis finalistas de que el dolo, en tanto objeto del reproche de culpabilidad, pertenece al tipo; el dolo es una forma de culpabilidad³²³.

Se muestra partidario de la teoría de la representación, pues tanto en el dolo de consecuencias necesarias como en el dolo eventual, lo que decide la imputación dolosa es la representación del sujeto; el sujeto no puede “querer” todos los elementos del

³²¹Nos referimos a Frisch, que en ninguna parte de su trabajo cita a Sauer, además de rechazar de plano la teoría de la probabilidad. Éste es el parecer de PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.372, nota 469.

³²²WELZEL, Hans, PG, p.84.

³²³ROXIN, PG, pp.433-435.

tipo³²⁴. Sin embargo, no es la representación del autor en sí lo que fundamenta el reproche de culpabilidad propio del delito doloso, sino un acto de voluntad “querer pese a” la representación. Lo decisivo en su opinión, no es lo que el autor se represente, sino el hecho que al autor no reaccione frente a esa representación, y actúe de modo contrario a las expectativas del orden jurídico. Tal como fuera sostenido en el período clásico, el hecho que el autor no atienda a los motivos inhibidores del hecho, surgen del carácter prohibido de su acción es lo que decide el reproche de culpabilidad³²⁵.

En cuanto a la delimitación entre dolo e imprudencia, no entre dolo eventual e imprudencia consciente, pues este autor rechaza la existencia de esta última categoría.

En primer lugar, lo que debe considerarse es si la representación del autor de ciertas consecuencias como posibles, y no como seguras, es suficiente para afirmar dolo. La norma jurídico-penal de los llamados delitos de lesión contiene no sólo una prohibición de lesión, sino también de una posible puesta en peligro, es decir junto a la lesión, la posibilidad de lesión está plenamente interdicta. Siempre será el grado de probabilidad, o en su caso, la seguridad, de realización de las consecuencias de la acción que se represente el autor, y no el grado objetivo de probabilidad o seguridad objetiva.

Esta tesis conduce irremediabilmente a la equiparación entre dolo de puesta en peligro y dolo eventual de lesión. En palabras del autor: “el dolo de peligro es, al mismo tiempo, dolo eventual de lesión. Ambos son conceptualmente idénticos, porque puesta en peligro es igual a posibilidad de lesión”³²⁶. Entonces el criterio de delimitación entre dolo e imprudencia, radica en que el autor se haya representado o no como posible la consecuencia de su acción.

La distinción no puede fundamentarse en actitudes emocionales, como postulan las teorías del consentimiento o la aprobación: todo ámbito de duda acerca de la posibilidad de realización del tipo pertenece al dolo. Ahora bien si el autor confía en que el

³²⁴BACIGALUPO, Enrique, Ara, Editores, Lima, 2004, p.321.

³²⁵JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, *Culpabilidad y prevención*, pp.73-99. El carácter prohibido de la acción que en definitiva decide el reproche de culpabilidad, se debe a la teoría del motivo de la norma, esta se remonta al período clásico (que data de finales del siglo XIX), en donde ni la representación del resultado en sí sino la voluntad que lucha es el dolo en sentido jurídico penal, aunado este criterio a las expectativas del orden jurídico. Expresamente Jakobs, en pp.81-82.

³²⁶RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*...pp.135 y ss. La mayoría de la doctrina se opone a esta identidad, y buena parte de ella justifica la necesidad de un elemento voluntativo en el dolo eventual. Así, por ejemplo si los conceptos de voluntad e imputación subjetiva...se toman en serio, no puede ser suficiente para el dolo de lesionar que el autor conociera la posibilidad o el peligro del resultado descrito en el tipo, pues ello significa en el mejor de los casos dolo de peligro.

resultado no se realizará, entonces falta directamente una auténtica representación de la posibilidad de causación del resultado, falta el juicio que dice, el resultado puede producirse, y ya en ese momento falta dolo. En virtud de ello, toda imprudencia es siempre imprudencia inconsciente, pues toda imprudencia es un caso de error.

En síntesis, dolo es culpabilidad consciente, y el punto de partida para su comprensión sólo puede ser la consciencia de obrar ilícitamente; la imprudencia, por el contrario, según su esencia está caracterizada por falta de conciencia de obrar ilícitamente³²⁷.

7.1.2.- La tesis del primer período de Schmidhäuser³²⁸

Este autor coincide con la tesis de Schröder respecto a la inexistencia de la imprudencia consciente. Para el autor reseñado, el sujeto que actúa de manera imprudente desconoce la peligrosidad concreta de su acción, o a lo sumo conoce una peligrosidad abstracta. En su opinión, el fenómeno conocido como “imprudencia consciente”, no es otra cosa que el actuar en conocimiento de la peligrosidad abstracta, en contraposición, del actuar con conocimiento de la peligrosidad concreta, que es el característico del actuar doloso.

De esta manera quien piensa que es posible que el resultado típico se realice, pero luego, por la razón que sea se niega a ésa posibilidad, sea porque confía en que el resultado no se producirá y actúa, en rigor obra sin conocimiento de dolo, que es el conocimiento de la peligrosidad concreta de su acción; en tal sentido, sólo obra con conocimiento de la peligrosidad abstracta, y ello no es suficiente para fundamentar el dolo. Distinto sería el supuesto, en el cual el autor piensa en la posibilidad del resultado y luego, sin dejar de tener a éste por posible, actúa esperando que de todos modos nada ocurrirá, En este supuesto si se puede afirmar el dolo, pues el autor conscientemente ha dejado el resultado librado al azar.

En este “primer período” de Schmidhäuser, el dolo o la “dolosidad” (como la denomina) se agota en el tener por posible la realización del tipo, lo cual ocurre solo si el autor es consciente de la peligrosidad concreta de su acción. Si lo que conoce es una peligrosidad abstracta de su conducta, o no advierte peligrosidad alguna, entonces el dolo queda excluido, y se podrá afirmar imprudencia si es que se dan los requisitos de manera copulativa, es decir, si queda excluida la irrelevancia jurídico penal del hecho.

³²⁷PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.379.

³²⁸PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...pp.380-384.

7.1.3.- Valoración Crítica

La tesis central de la teoría de la posibilidad se puede sintetizar de la siguiente forma: dolo es conocimiento, e imprudencia falta de conocimiento o error, respecto de la realización del tipo. La definición de conocimiento y su infinitivo “conocer” es comprendido en esta tesis como tener por concretamente posible la realización del tipo.

Una de las objeciones contra esta teoría es la identidad del dolo de puesta en peligro, con el dolo (eventual) de lesión, el concepto-objeto de ambas clases de dolo es distinto, además de ello el dolo de puesta en peligro concreto empieza en un nivel mucho más bajo que el peligro de dolo. Un peligro concreto en el sentido de los delitos de puesta en peligro existe ya cuando se puede decir que la lesión de un objeto de bien jurídico no está fuera de toda probabilidad. Así por ejemplo, quien desconsideradamente deja de respetar la prioridad de paso de otro conductor o que, al adelantársele, le corta el paso de tal manera que este tiene que frenar o desviarse, causa en peligro de lesión concreto para su salud y para su vehículo. Pero no aplica un método apto para lesionar la integridad corporal o dañar una cosa, en tanto otro una chance real de impedir la colisión frenando o desviándose³²⁹. Lo cual se condice con lo expresado en nuestro derecho positivo³³⁰.

En el seno de la doctrina mayoritaria, la teoría de la posibilidad, ha sido rechazada, señalando que esta teoría amplía en demasía el ámbito del dolo, en un margen que les correspondería al ámbito propio de los delitos imprudentes³³¹. En sí los resultados prácticos de la teoría de la posibilidad en comparación con las demás teorías son los mismos, por lo que consideramos que la misma crítica se puede hacer a las teorías de la aprobación o del consentimiento.

7.1.4.- La tesis de Zielinski

³²⁹PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*pp.110-111.

³³⁰ Art. IV.- **Principio de Lesividad**.- *La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.*

³³¹ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, PG, Ediar, Buenos Aires, 2002, p.526.

Zielinski parte de un derecho penal de la culpabilidad, en donde culpabilidad, en sentido material es “reprochabilidad de la motivación del autor”³³² y expresa por tanto “un juicio de motivación del autor”³³³. Basado en estos presupuestos sostiene: “el concepto de ilícito de un derecho penal de la culpabilidad no puede, ni debe contener nada que no pueda ser integrado en una relación de culpabilidad”³³⁴. Las normas de derecho penal de culpabilidad, por consiguiente, han de ser normas de motivación, destinadas a regular, la conducta humana: “ninguna norma puede prohibir la producción de resultados, sino exclusivamente acciones finales”³³⁵.

Las normas fundamentan deberes de acción o de omisión y el ilícito, en tanto es la no realización de estos deberes, tiene siempre el carácter de la acción, o sea el disvalor de acción...constituye el ilícito...Ilícito es el acto final contrario al deber, sólo él³³⁶. Entre el disvalor de acción y disvalor de resultado no existe relación alguna, pues el resultado, frente al ilícito, es pura casualidad. Por eso, afirma el autor: “el disvalor del resultado no puede fundar ni la norma ni el deber”³³⁷.

En cuanto a lo que interesa a la presente investigación, Zielinski afirma: “quien actúa conscientemente de modo imprudente, prevé la posibilidad de producción del resultado. Ello sugiere la cuestión de si él no actúa propiamente con dolo de puesta en peligro”³³⁸. Y esto es efectivamente lo que sostiene, la identidad en el aspecto intelectual, entre el dolo de puesta en peligro y el de la imprudencia consciente, por lo que también hay una relación de identidad conceptual entre delito doloso de puesta en peligro y el delito de imprudencia consciente³³⁹.

En razón de esta identidad afirma: “es factible la interpretación del delito conscientemente imprudente como delito doloso de puesta en peligro”³⁴⁰. En síntesis: imprudencia consciente es dolo de puesta en peligro. ¿Qué ocurre entonces, entre el

³³² ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor del resultado en el concepto de ilícito*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 1990, pp.165 y ss.

³³³ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor*...pp.165 y ss.

³³⁴ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor*...p.165.

³³⁵ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor*...p.156.

³³⁶ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor*...pp. 161 y ss.

³³⁷ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor*...p.161.

³³⁸ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor*...p.180.

³³⁹ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor*...p.183.

³⁴⁰ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor*...p.187.

dolo de puesta en peligro y el dolo de lesión? ¿Es decir, en el sistema de Zielinski, cabría hacer la equivalencia entre dolo eventual de lesión e imprudencia consciente? Zielinski afirma que sí: “la imprudencia consciente es dolo eventual, no hay ninguna posibilidad de diferenciar, entre ambas formas de ilícito”³⁴¹. La sola representación de la consecuencia típica como posible, fundamenta, el dolo. Imprudencia sólo es imprudencia inconsciente. Así a la objeción hecha a este autor, según la cual no puede comprenderse el delito imprudente sin el resultado como constitutivo del ilícito correspondiente, es válida sólo para la imprudencia inconsciente, pues, para él, imprudencia consciente equivale a dolo³⁴².

7.1.5.- Valoración Crítica

Una de las primeras objeciones que se puede hacer a esta tesis es si el concepto de ilícito y resultado, tienen el mismo sentido conceptual, o ambos deben ser entendidos en sentido empírico, lo que se obtiene desde una perspectiva lógica, de correspondencia, es que el resultado es el ilícito y viceversa el ilícito es el resultado. Al afirmar que el resultado no constituye o no integra el ilícito, se llega a quebrar una tautología y en consecuencia se cae en contradicciones insalvables.

En algunos pasajes de su libro, Zielinski, sostiene que el resultado no forma parte del ilícito, pero a la vez es una parte visible, una suerte de indicio del ilícito. Pues ante la dificultad empírica de constatar el ilícito “x”, se compensa con la constatación empírica del resultado “x”. Zielinski parece referirse al resultado en sentido empírico, y al ilícito en sentido conceptual, cree que está diciendo que el ilícito e tanto concepto se constata mediante el resultado en tanto suceso.

Lo único que puede ser objeto de una constatación empírica es un suceso, no un concepto. El concepto designa y define lo que se prueba empíricamente, pero no es lo que se prueba. Esto es la falencia principal que tiene la tesis de Zielinski.

Ahora bien, cabe la posibilidad que se refiera al ilícito y al resultado en sentido empírico. Si esto es así, entonces no es más que la ya señalada tautología del principio

³⁴¹ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor...*pp.187 y ss.

³⁴²ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor...*pp.194 y ss.

de identidad o también llamado principio de correspondencia. Así por ejemplo: “si sucede una estafa, entonces sucede una estafa”, lo cual constituye una obviedad.

¿Significa esto que es correcta la conclusión más reciente de Zielinski, y de Frisch, entre otros, según el cual el resultado en tanto suceso empírico no es objeto de dolo?³⁴³ Si bien el dolo tal como lo conceptúan estos autores, no tiene que referirse al suceso-resultado, si tiene que referirse al concepto-resultado, lo cual no sólo integra el ilícito de resultado sino que, es el ilícito mismo.

Esto es correcto, porque de lo contrario el dolo, que es un concepto referencial y que está referido a un objeto determinado, quedaría vacío de contenido por la indeterminación de su objeto, pues el objeto empírico de referencia carecería del punto de referencia conceptual, es decir del concepto-resultado.

Aclarada la ambigüedad en la que cae la tesis de Zielinski, nos parece que el presupuesto de culpabilidad del que parte ha sido objeto de fuertes críticas, basar la culpabilidad en el reproche individual, es insuficiente, pues la culpabilidad no es sólo reproche individual sino también necesidad de prevención, tal como la conciben desde diferentes fundamentos Roxin y Jakobs, respectivamente. Es a través de la mejor definición del concepto de culpabilidad, y es en esta categoría, donde se explica por qué el resultado es importante para ella.

8.1.- Las teorías de la representación con especial énfasis en el aspecto subjetivo

8.1.1- La tesis del segundo período se Schmidhäuser

Schmidhäuser es defensor de la teoría del dolo en materia de error de prohibición, por lo que de entrada debe tenerse claro que para él la conciencia de antijuridicidad, forma parte de la culpabilidad³⁴⁴. Brevemente para Schmidhäuser la falta de conciencia de antijuridicidad excluye el dolo.

³⁴³ ZILESINKY, *Dolo e imprudencia*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2003, pp.55 y ss., FRISCH, *Comportamiento típico*....pp.54-57

³⁴⁴ ROXIN, PG, Civitas, Madrid, pp.433-435.- No obstante Roxin considera que, en verdad, para Schmidhäuser el dolo no pertenece ni al ilícito ni a la culpabilidad, sino en parte a aquél y a éste última,

El autor en su trabajo del segundo período se aboca de manera sistemática a la distinción entre el dolo e imprudencia³⁴⁵. Ello implica reemplazar el término dolo por dolosidad, dado que dolo se emplea en la dogmática penal de manera errónea o polisémica, entendiéndose en el mejor de los términos al dolo como una creación jurídico conceptual abstracta, es decir el concepto se emplea en la práctica jurídica no es el mismo que aquel que en esa misma práctica dice que se emplea. Por tanto considera que: “Es una mala costumbre aferrarse de manera tan amplia al concepto usual de dolo como “saber y querer”, a pesar que tal concepto, con ése significado, de ningún modo es tomado en serio, y no es un buen signo para una ciencia el no expresarse con los conceptos que realmente se usa”³⁴⁶. Su propuesta no encontraría eco en la doctrina, pues ningún autor prefirió usar el término dolosidad por el de dolo.

El método más adecuado para determinar el concepto de dolo es el teleológico, este autor entiende que el método teleológico, en esa época ya usual para analizar los tipos de la parte especial, debería aplicarse del mismo modo para la parte general, de manera señala: “también el concepto de dolo debe determinarse teleológicamente”³⁴⁷.

Esto significa que no se debe preguntar de manera aislada sobre el dolo, por un lado y la imprudencia por el otro, como si fueran entidades estructuralmente diferentes. Antes bien, debe apreciarse a uno y a otro como dos conceptos paralelos, homogéneos, ubicados sistemáticamente en el mismo lugar (en el desarrollo de Schmidhäuser en la culpabilidad), mediante los cuales se agotan formas posibles de criminalidad, un delito es doloso o imprudente, y la única diferencia es la que puede extraerse del texto de la ley; y en este sentido debe orientarse la tarea de determinación conceptual de ambos.

pues el elemento volitivo del dolo pasa a formar parte del ilícito, mientras que el cognitivo permanece en la culpabilidad. Con ello, dice Roxin, cree haber alcanzado una síntesis (cuyos fundamentos se remontan a Gallas) entre la teoría final de la acción y la antigua doctrina. Cabe apuntar, sin embargo, que esta interpretación de Roxin parte de presumir implícitamente como correcta la tesis según la cual el dolo es un complejo de elementos volitivos y cognitivos, lo cual no es necesariamente acertado. Así, los autores que sostienen que el dolo se agota en el elemento cognitivo no podrían afirmar como Roxin, que Schmidhäuser disgrega el dolo en dos partes. Por lo demás Schmidhäuser, deja claro que la dolosidad (en sus propios términos) pertenece de manera estricta a la culpabilidad. Sobre la doble posición del dolo, con agudas observaciones, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1987, pp.544 y ss.

³⁴⁵El artículo al que hace referencia es: SCHMIDHÄUSER, *Vorstazbegriff*, 1968, según nota 919 de la tesis doctoral de PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual, Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hamurabi, Buenos Aires, Julio, 2010, pp. 500 y ss.

³⁴⁶SCHMIDHÄUSER, *Vorstazbegriff*, 1968, p.13; nota 925, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...* p.502.

³⁴⁷PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*, p.503.

Pues es fin inmediato de todo precepto de la parte especial la imposición de una pena determinada, de allí que sea usual interpretar los tipos penales particulares partiendo de la clase y entidad de una pena amenazada, es decir, se interpreta la norma de conducta teniendo muy presente la norma de sanción, de forma tal de lograr una interpretación homogénea que integre lo más posible con sus condiciones de aplicación; por ello considera un error del concepto mayoritario de dolo, anclado en concepciones que, por tomar como punto de partida, la idea coloquial de dolo en lugar de atender a su específica función jurídico penal, ponen en primer plano el elemento volitivo, el cual, en rigor resulta jurídico penalmente irrelevante³⁴⁸.

De esta manera entiende que la voluntad como tal forma parte de la acción, éste es precisamente el paso decisivo de su propuesta. Según este criterio, entiende: “en todo caso, en lo ilícito, el hecho punible imprudente no se diferencia necesariamente del doloso”³⁴⁹, pues lo ilícito es siempre la acción contraria a deber, tanto en el hecho doloso como en el imprudente.

En este segundo período ya no resulta relevante el conocimiento de la posibilidad de un peligro objetivamente concreto (y antijurídico), ahora el criterio de interés es el conocimiento de la posibilidad concreta de un peligro antijurídico³⁵⁰.

El autor doloso tiene que actuar con conciencia actual de la antijuridicidad (según la concepción de Schmidhäuser), destaca que tal conciencia no debe ser entendida como un pensar, un reflexionar, empleando internamente el lenguaje, como un diálogo del sujeto consigo mismo, ello implica: “pensar en medio del lenguaje”, sino de una conciencia o un pensar que se dirige al objeto directamente, es decir no por medio del lenguaje, sino espontáneamente.

Así de acuerdo con la tesis de este autor, la conciencia actual respecto del hecho que se exige dolo es, precisamente una conciencia espontánea; la cual se caracteriza por

³⁴⁸PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.504 y ss., nota 931.- SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff*, 1968, pp.16 y ss., 36 y s; ídem, “JuS”, 1987, pp.374 y ss.

³⁴⁹Ibíd., p.506

³⁵⁰Ibíd., p.506

relacionarse directamente con las cosas mismas, libre de todo lenguaje que opere como mediador.

Respecto al dolo eventual, o para decirlo en palabras del autor, en la conciencia insegura del hecho y del ilícito, es donde ve el concepto básico de dolo o de dolosidad.

Habría dolosidad siempre que el autor tenga a las circunstancias del hecho o al proceso fáctico futuro por concretamente posible (no importa si lo considera poco probable); y hay imprudencia siempre que el autor no tenga por posible a las circunstancias de hecho o al proceso fáctico futuro, sea porque ni siquiera ha pensado en ello- ésta es la imprudencia inconsciente inequívoca³⁵¹.

En síntesis: el estado de cosas de la doctrina tradicional enmarca en la categoría de imprudencia consciente es subsumido por Schmidhäuser en la categoría de imprudencia a secas, o sea una imprudencia que sólo es consciente en apariencia, pero que en rigor es tan inconsciente como la del supuesto del autor en ningún momento se representa la posibilidad concreta.

8.1.2.- Valoración Crítica

En los ejemplos propuestos por el autor con el fin de demostrar que corresponde excluir el dolo, en la mayoría de los casos relacionados con el tráfico vial, su tesis parece funcionar sin mayores problemas.

Schmidhäuser describe estos casos de la siguiente manera: en el momento en que un automovilista decide conducir cuidadosamente es porque en ese preciso instante tiene conciencia de la posibilidad concreta de un resultado disvalioso; y en el momento en que decide conducir violando determinadas reglas de cuidado es porque en ése preciso instante deja de tener esa conciencia. Frente a este grupo de casos, puede decirse que la tesis, en sí misma conduce a resultados aceptables.

Sin embargo, el concepto propuesto no se aplica de manera coherente al resolver el caso de la correa de cuero. En los supuestos de hecho de este caso, los ladrones no desean de ninguna manera la muerte de la víctima. Si se adopta el modelo teórico de

³⁵¹Ibíd., p.512

Schmidhäuser, nada impide sostener que cuando los ladrones planifican el robo y deciden no emplear el cinturón de cuero para estrangular a la víctima, obran de este modo porque son conscientes de la posibilidad concreta de su muerte. Cuando, de todos modos, deciden llevar consigo el cinturón, es porque en ese momento ya no tienen ese resultado como concretamente posible. Cuando golpean a la víctima en lugar de utilizar el cinturón de cuero, actúan de ese modo porque vuelven a pensar en la posibilidad concreta de la muerte. Y cuando, finalmente, deciden emplear el cinturón de cuero sobre el cuello de la víctima, es porque, en ese preciso momento, no tienen la muerte de aquella como concretamente posible; de todo lo contrario, ya que el resultado de muerte les es altamente indeseable, no hubieran actuado, por tanto el dolo queda excluido³⁵². Lo cual lleva a resultados insatisfactorios.

³⁵² “El caso de la correa de cuero” (*Lederriemenfall*). BGHSt, t.7, pp. 363 y ss., sentencia del 22/4/55 (causa 5, StR 35/55) es el siguiente: “El acusado K, que al momento del hecho tenía casi veinte años de edad, había conocido en diciembre de 1953 al productor de seguros M, que tenía tendencias homosexuales. Entre M y K se generó una relación de amistad con ocasionales contactos impúdicos. Muchas veces M le había obsequiado dinero a K. Durante el transcurso del mes de diciembre de 1953, el acusado K trabó amistad con el acusado J. A ambos se les ocurrió la idea de conseguir de parte de M el dinero necesario para el alquiler de una habitación y para comprarse un traje cada uno. Con este fin, se propusieron proceder con violencia contra M, incapacitarlo de toda posibilidad de resistencia y luego, con tranquilidad, tomar de su departamento los objetos deseados con el objeto de emplearlos para sus propios fines. Al momento de pensar cómo podían impedir la resistencia de M, se les ocurrió al principio la idea de dejarlo inconsciente haciéndole tomar pastillas para dormir sin que él lo advirtiera. Pero, tras haberlo intentado en vano, propuso K estrangular a M con un cinturón de cuero y luego atarlo y amordazarlo. J estuvo de acuerdo. Ambos acusados advirtieron que una estrangulación así podría provocar no sólo la pérdida de conocimiento, sino también graves lesiones e incluso la muerte de M. En ocasión de una visita el día 8 de febrero de 1954, K quiso, en presencia de J, llevar a cabo el hecho; pero no tuvo la valentía para hacerlo y le entregó el cinturón a J, que tampoco hizo nada. Sin embargo, los acusados no abandonaron su plan definitivamente. J desaconsejó la idea de estrangular a M con el cinturón de cuero, pues los acusados advirtieron el peligro de que, por ello, M no sólo podría quedar inconsciente sino incluso morir. Por eso propuso a J atontar a M golpeándolo con una bolsa de arena, con lo cual K estuvo finalmente de acuerdo. Ambos tuvieron en cuenta que la bolsa, al momento del embate contra la cabeza de M, se adaptara a la forma de su cráneo, para que no se produzca ninguna lesión seria. En la noche del 15 de febrero de 1954 los acusados visitaron a M. J tenía la bolsa de arena en el bolsillo del pantalón. K, por propia decisión y sin que J lo supiera, llevó consigo, por si acaso el cinturón de cuero. Los acusados le pidieron a M que les permitiera esa noche pernoctar en su casa, a lo que M accedió. K durmió en la habitación de M, y J en otra habitación. Alrededor de las cuatro de la mañana, J, en presencia de K, golpeó a M violentamente en su cabeza dos veces. Pero los golpes no tuvieron el efecto esperado, sino que despertaron a M. Ante un nuevo golpe, la bolsa de arena se rompió. M se levantó de la cama y se trabó en una lucha cuerpo a cuerpo con J. Entretanto, K corría hacia el pasillo y buscaba el cinturón de cuero. Luego se acercó por detrás de M-quien hasta ése momento no había percibido que también K era uno de sus atacantes- y por la espalda le echó el cinturón de cuero por sobre su cabeza. Pero, al principio, el cinturón quedó apretando solo el mentón de M. J, por su parte, para apoyar, el proceder de K con el cinturón de cuero, que ya había advertido, presionó las manos y los brazos de M hacia abajo, y así fue este nuevamente arrojado sobre la cama. Allí, K, volvió a rodear la cabeza con el cinturón en el cuello de M; ambas puntas del cinturón quedaron entrelazados en cruz sobre su nuca. Los acusados tiraron de cada una de las puntas del cinturón con suma violencia, hasta que M dejó caer sus brazos y se precipitó sobre la cama. Acto seguido, los acusados comenzaron a atar a M. Cuando este se reincorporó, J se arrojó sobre su espalda y lo empujó hacia abajo. K, nuevamente, comenzó a estrangular a M con el cinturón, colocándolo de tal manera sobre el cuello que ajustó una de sus puntas en la hebilla, que ceñía fuertemente el costado izquierdo del cuello de M. K tiró otra vez el cinturón hasta que M dejó de moverse

Por lo tanto, las cuestiones a resolver en la tesis del autor, serían las siguientes: ¿qué justifica ésa diferencia en el tratamiento de la conciencia del autor según sea este un participante del tráfico vial o un partícipe de un robo? ¿Por qué ha de aceptarse que sólo el automovilista, pero no el ladrón deja de ser consciente de la posibilidad concreta del peligro en el momento decisivo del hecho? ¿Qué autoriza, en fin sostener que el primero en el momento del hecho reprime su conciencia de peligro y por eso actúa, mientras que el segundo, en cambio, al momento del hecho mantiene esa conciencia y no obstante actúa? Brevemente: no se explica por qué Schmidhäuser está dispuesto a aceptar que existe una suerte de represión de la conciencia de acerca de la posibilidad concreta de un resultado disvalioso en los cálculos de un automovilista y, sin embargo, excluye esa posibilidad de represión psicológica en los cálculos de los ladrones. Esto no es coherente y muestra que la solución a una determinada constelación de casos, pasa por distinciones de carácter empírico respecto a la psique de las personas³⁵³.

Al depender la distinción entre dolo e imprudencia, en el sustrato psíquico del autor cognoscente, queda claro que éste resulta insuficiente, pudiendo habérsele hecho una corrección al método del autor dirigido a las diferencias que existen en el objeto a conocer.

Precisamente Herzberg quien, mediante una interrogante sencilla, pone de manifiesto lo inadecuado que resulta ubicar en el plano estrictamente subjetivo y el problema de la distinción entre dolo e imprudencia. Herzberg, plantea el problema de la siguiente manera: ¿qué sucede si en un caso de tránsito vial se comprueba que el autor en ningún momento reprimió su conciencia acerca de la posibilidad concreta del peligro? ¿Debería entonces, por ejemplo, imputársele homicidio doloso al conductor que, sin dejar en ningún momento de pensaren la posibilidad concreta del resultado fatal, no respeta la distancia mínima de seguridad en una autopista y finalmente embiste al automóvil que marcha delante de él, lo cual provoca la muerte del conductor de éste

y emitir todo sonido. Cuando J advirtió esto, le grito a K: ¡basta!, ¡detente! Ante ello, K dejó de tirar el cinturón. Ambos acusados ataron a M y luego tomaron de entre sus ropas una serie de objetos. Al finalizar observaron a M, y en ese momento tuvieron dudas acerca de si éste aún vivía. Intentaron revivirlo, pero fue en vano. Luego dejaron su departamento.

En RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 83-88., PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...* pp.263-264.

³⁵³ROXIN, PG, Civitas, Madrid, 1997, p.435

último? Herzberg considera, con razón, que ningún tribunal estaría dispuesto a emitir una condena de esa naturaleza³⁵⁴.

En suma, la teoría de la posibilidad consiste en que ella se apoya en una ficción, a saber, la ficción de que actuar confiando en que no se realizará el peligro percibido implica dejar de percibir el peligro³⁵⁵.

8.1.3.- La tesis de Frisch

Para este autor el sustrato psíquico del dolo, por un lado, y por el otro, el del objeto de referencia del sustrato psíquico, debe ser establecido conforme a un método teleológico funcional, que tome como punto de partida aquello que ha de considerarse la razón (ratio) del castigo doloso.

El sustrato psíquico se infiere del derecho positivo alemán³⁵⁶, el dolo contiene como mínimo un momento intelectual-el conocimiento- que constituye un elemento específico de este concepto, pues la ley así lo requiere, quien no conozca alguna circunstancia del tipo penal actúa sin dolo, por tanto, que dolo es actuar conociendo esas circunstancias típicas. Se identifica dolo con conocimiento.

Respecto al objeto de dolo, éste no debe ser identificado con el tipo objetivo, o la realización del tipo objetivo, o el resultado; objeto del dolo no es ni el tipo objetivo, ni su realización, ni el resultado típico, sino un comportamiento caracterizado por constituir una determinada clase de riesgo³⁵⁷.

De acuerdo al método utilizado por este autor (teleológico funcional), rechaza aquellas concepciones que sostienen que la razón del castigo más intenso del dolo, en comparación con la imprudencia, se asienta en la mayor culpabilidad que el autor manifieste en tales casos. Según, su opinión, de ninguna manera puede ser fructífero un parámetro que se basa en uno conceptos de la teoría del delito más necesitados de

³⁵⁴ Recoge esta crítica de Herzberg. RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo...* p.92.

³⁵⁵ *Ibíd.*, p. 93.

³⁵⁶ Art.16. 1.- No actúa dolosamente quien, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia integrante del tipo legal. Ello no afecta la punibilidad por comisión imprudente..., Apéndice Legislativo, PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, Trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, p.152.

³⁵⁷ FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.51-54.

precisión (culpabilidad), y sobre cuya naturaleza se han propuesto las más diversas interpretaciones³⁵⁸. Para él, lo decisivo es entender el problema del dolo como una cuestión plenamente normativa³⁵⁹.

De allí que la concepción que ve el mayor castigo del delito doloso en la supuesta manifestación de culpabilidad más elevada, se centran en criterios diferentes, como el welzeliano de la dirección final de acción, o el propuesto por Jakobs del abuso de un poder mayor sobre el hecho³⁶⁰, o por Roxin de la decisión a la posible lesión del bien jurídico³⁶¹, deben probar su eficacia “frente al foro de los fundamentos básicos de la aplicación de la pena estatal”³⁶². Esto no significa que Frisch entienda que aquellos puntos de vista deben ser rechazados de plano, sino que cada uno de los datos ónticos en los que ellos se basan (la dirección, el abuso de poder, la decisión) deben ser valorados conforme a aquellos fundamentos básicos que guían la aplicación de la pena. De esta valoración surge la relevancia jurídica de los datos ónticos correspondientes.

La consideración del problema desde esta perspectiva es lo que le da a la dogmática del dolo, la fundamentación normativa. De acuerdo con ello, “el autor actúa dolosamente tiene que ser siempre un autor que, a través de su hecho, realiza en medida acentuada esos fundamentos básicos de la aplicación de la pena estatal. Y dado que la ley exige el conocimiento como constitutivo del dolo, lo que este método pretende, es en definitiva, determinar: “cuando contiene el momento del conocimiento la realización de aquellos fundamentos básicos en una medida especial”. Así el concepto de dolo, como “concepto funcional”, debe abarcar estados de cosas que remitan a un acentuado merecimiento o necesidad de pena³⁶³. En este aspecto para la aplicación de la pena se debe basar en razones y ponderaciones teleológico-racionales y axiológico-racionales.

Respecto al aspecto teleológico, para dar una respuesta al porqué del castigo más estricto del delito doloso entiende que debe tomarse en cuenta tanto puntos de vista preventivo generales como preventivo especiales. Desde el punto de vista preventivo general sugiere Frisch tomar como base la idea dominante de que el cometido del

³⁵⁸Ibíd. pp.546-548

³⁵⁹RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo...*p.93 y ss., PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.525 y ss.

³⁶⁰JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp.112 y ss.

³⁶¹ROXIN, PG, p.425.

³⁶²FRISCH, *Comportamiento típico...*p.97.

³⁶³FRISCH, *Comportamiento típico...*pp.55-57.

derecho penal es la protección de bienes jurídicos. La pena ha de servir, en este sentido, a asegurar la protección de aquellos bienes y condiciones de existencia, sin los cuales no es posible pensar una convivencia saludable. Y esto constituye según Frisch una importante señal de por qué el dolo es castigado de forma más severa que la imprudencia.

Respecto al aspecto axiológico, para que la pena adquiriera legitimación, no basta la argumentación que los fines que ella persigue y la injerencia en los derechos del autor exista una relación “aceptable”; lo que se exige es, una “relación personal específica” del autor con el hecho cuyas negativas consecuencias socio-psicológicas la pena pretende desactivar. Tal “desactivación” debe estar vinculada con un reproche personal del hecho. De allí infiere, el autor, el mayor poder de evitación que posee el autor doloso en comparación con el autor imprudente, este criterio juega en el sistema de Frisch un papel decisivo³⁶⁴.

En cuanto al objeto del dolo, como viéramos líneas arriba, este no puede referirse ni al tipo objetivo, ni al resultado, ni a la realización del tipo. Frisch fundamenta este disenso en dos argumentos: a) no puede designarse como objeto de conocimiento algo que sucederá en el futuro, por más inminente que ello sea; b) no puede ser objeto del conocimiento del autor aquello que en el tipo penal se incluye sólo en interés de los operadores jurídicos que aplican el derecho³⁶⁵.

Con el primer argumento deja en claro Frisch, que el resultado típico no puede ser objeto de dolo, pues éste no puede referirse a un momento temporal posterior a la acción, ello en consideración a que la tesis de que el dolo debe abarcar el resultado típico nunca ha sido tomada en serio. Con el segundo argumento, Frisch, se apoya en la distinción entre norma de conducta y norma de sanción, a la que prefiere en lugar de la conocida distinción entre norma de motivación y norma de valoración por ambigua.

La norma de conducta es aquella que permite, conforme a su contenido, señalar una forma de comportamiento, como correcta o incorrecta, y cuyo modo de expresión más usual es la orden: “¡no mates!”. La norma de sanción, por su parte, es aquella que indica

³⁶⁴PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.529 y ss.

³⁶⁵FRISCH, *Comportamiento típico...*pp.85-94

las condiciones que deben presentarse para habilitar una sanción; todos los tipos de la parte especial de un Código Penal, completados por los preceptos de la parte general, son normas de sanción.

Lo importante de la cuestión, sostiene el autor, es determinar con precisión que parte o fragmento del tipo es la que entra en consideración como objeto de conocimiento. Ni el resultado, ni los requisitos de la imputación objetiva (por incluir la cuestión ex post de la realización del riesgo) pueden ser objeto de dolo, que sólo puede referirse a algo temporalmente ya ocurrido. Por tanto queda una sola candidata la conducta³⁶⁶.

También el autor imprudente es consciente que realiza una conducta, resulta evidente que para Frisch, la conducta objeto de conocimiento propia del dolo sólo puede ser aquella cuya dimensión, impliquen los rasgos característicos de disvalor que es precisamente la que la torna en típica. Esta “dimensión de disvalor típicamente relevante”, es antepuesta al conocimiento, y por tanto puede ser abarcada por él. Esta es la parte o fragmento del tipo que menos se orienta en función de las necesidades del aplicador del derecho, y por tanto, la que más se acerca a la norma de conducta, que es lo que importa respecto al objeto de dolo³⁶⁷.

Para la determinación del disvalor, el conocimiento en sí, así como la voluntad en sí, carecen de relevancia: “Sólo se toma seriamente en consideración aquellos rasgos característicos de la conducta que, en el momento previo de la acción, son reconocibles y por ello, pueden surtir un efecto motivado”³⁶⁸. Tras rechazar el criterio de la causalidad como válido para indicar el disvalor objetivo del comportamiento, sostiene que tal criterio, rasgo característico fundamental de la conducta que constituye la razón portadora de su disvalor, radica en “un riesgo que debe ser tomado en serio”. Una conducta así, ha de considerarse como una conducta típica, y ella es precisamente el objeto de dolo, o más exactamente del conocimiento.

Frisch enfatiza que la doctrina tradicional, al referirse al tipo o al resultado típico como objeto de dolo, ha debido requerir una especie de conocimiento y de la misma forma establecer precisiones en el plano subjetivo, y así en lugar de requerir un “conocimiento normal de la conducta en su dimensión típica” como lo exige Frisch, se tiene que exigir

³⁶⁶PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.533.

³⁶⁷Ibíd. pp.534 y ss.

³⁶⁸FRISCH, *Comportamiento típico*...p.55.

un conocimiento específico que estaría constituido por “un tener posible el resultado”. Para Frisch, esta última formulación es una consecuencia de no haberse trabajado con precisión el aspecto objetivo, o sea el objeto de conocimiento.

De todo ello resulta, de la teoría de la imputación objetiva, la estructura básica del tipo objetivo del delito doloso y del delito imprudente, en ambos casos se trata de conductas peligrosas. La diferencia estriba en que el autor doloso conoce la dimensión de la conducta: El autor debe haber comprendido su conducta en su dimensión de riesgo relevante; él debe saber que su conducta objetivamente es apropiada para la producción del resultado”. De allí que el objeto del dolo sea la “conducta en su dimensión típicamente relevante”, esto es, un riesgo concreto ya no tolerado por la norma. En síntesis: la conducta típica³⁶⁹.

Ahora bien, Frisch se pregunta si ese juicio objetivo *ex ante* debe efectuarse de acuerdo a los conocimientos ontológicos y nomológicos disponibles para la generalidad, o si debe tener relevancia los conocimientos concretos del autor. Se trata de la conocida polémica, tratada especialmente con relación a la imprudencia, sobre la generalización o individualización del juicio objetivo *ex ante*³⁷⁰. Luego de ponderar las ventajas y desventajas de una y otra tesis, Frisch opta por una toma de postura intermedia: para aquellas conductas de sujetos que desempeñan un rol especial (profesionales, por ejemplo), sobre los cuales se tienen determinadas expectativas, debe efectuarse un juicio objetivo conforme al estándar objetivo de ese rol. Para las personas que no desempeñan un rol específico les corresponde un rol general, o sea por el sólo hecho de vivir en sociedad³⁷¹.

Frisch, explica que si bien por la naturaleza propia del elemento típico “resultado” como acontecimiento futuro resulta sencillo explicar que él no puede ser objeto de dolo (pues éste no puede abarcar un suceso que todavía no ha ocurrido), no sería, en principio, tan intuitiva la fundamentación de por qué otras circunstancias típicas ya existentes al momento de la acción (como la edad de la víctima en ciertos delitos contra la libertad sexual, o falta de consentimiento por parte de la mujer para el acceso carnal en esos

³⁶⁹FRISCH, *Comportamiento típico*...p.55; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.536.

³⁷⁰ROXIN, PG, p. 1013.

³⁷¹FRISCH, *Comportamiento típico*...pp.374-382.

mismos delitos, o la falsedad del documento en el delito de uso de un documento de esta clase, entre otras) no pueden ser objeto de dolo.

Ya que según el sistema de este autor, lo relevante es el riesgo ya no tolerado por la norma, y dado que el objeto del dolo no es el tipo, pues resultaría imposible trabajar al momento de la acción, en función de posibilidades, probabilidades, o riesgos, y por consiguiente, respecto de las circunstancias arriba aludidas, no sería necesario un auténtico conocimiento, sino que bastaría con “tener como posible” la existencia de esas circunstancias.

Y por otra parte dado que el Derecho se dirige a todos, cuando se postula una norma de conducta, esta tiene el deber de informar al destinatario de la norma acerca de la necesidad de que éste tome distancia frente a la simple posibilidad de que la circunstancia en cuestión tenga lugar. Es frente a esa posibilidad que la norma le indica al destinatario si le está permitido actuar o no. Y en segundo lugar, resalta que la decisión del derecho positivo alemán de considerar punible la tentativa inidónea ratifica este punto de vista, pues si la posibilidad de vulneración del bien jurídico según la mera representación del autor justifica la punibilidad, tanto más ha de justificarla el actuar frente a la posibilidad de realizar una circunstancia objetivamente cierta³⁷².

En síntesis, en lo que respecta a circunstancias distintas al resultado, entiende Frisch que es válido sostener su tesis general, objeto de dolo es el riesgo ya no tolerado por la norma. Ello implica además el rechazo explícito a un elemento volitivo o de carácter emocional.

Una cuestión de interés en la tesis de Frisch, es lo que entiende en su tesis por conocimiento, en efecto el autor acude a la diferenciación entre representación, conciencia, y conocimiento (o saber). Para los dos primeros basta el requisito mínimo de captación intelectual del objeto.

Pero el conocimiento (o el saber) no se contenta con eso: “Quien conoce un estado de cosas, quien sabe algo sobre un estado de cosas se ha conformado respecto de él un

³⁷²PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.538.

juicio”³⁷³. Y en ese sentido sostiene que todas las teorías que se han ocupado del problema del conocimiento coinciden en que existe un elemento al cual no se puede renunciar, para que pueda hablarse de conocimiento o saber, esto es: “la exigencia de una toma de postura personal” respecto del objeto.

Afirma que esa toma de postura respecto del objeto que todas las concepciones elaboradas exigen como requisito mínimo para que realmente se trate de conocimiento puede designarse como un “verlo así para sí”. Para Frisch, “una persona sabe algo respecto de un estado de cosas determinado... (Si ella) parte como mínimo para sí de la existencia de ese estado de cosas”. Lo que indica la existencia de conocimiento es, ese “subjetivo “esto es así” del que conoce”³⁷⁴.

Precisamente a raíz de este aparato conceptual, le sirve al autor para fundamentar algunas de sus conclusiones respecto a la delimitación entre dolo e imprudencia. De esta manera un autor sólo podría actuar contra lo establecido en la ley si, respecto de la realidad del estado de cosas prohibido, una persona, se dice para sí, “esto es así”. Si falta ese “esto es así”, si falta conocimiento, no se puede afirmar que ésa persona actuó en contra de la ley, salvo que ese no-conocimiento sea también objeto de punición, o sea imprudencia: el autor se representa las circunstancias que conforman un peligro concreto, pero no se dice para sí: “esto es un peligro concreto”, sino que se dice para sí, por cualquier motivo: “nada puede pasar”; en tal caso el merecimiento de pena será menor³⁷⁵.

Lo que caracteriza al dolo y lo distingue de la imprudencia: es si el autor percibió las circunstancias fácticas conformadoras de un riesgo concreto relevante para la norma, pero aquella toma de postura personal de “ver ese peligro para sí” falta, sea porque el autor niega el peligro: “esto no puede pasar” sea porque confía en que el peligro no se realizará: “esto no pasará”, entonces el dolo queda excluido; en cambio quien confía en un buen desenlace del suceso no se decide en contra del bien jurídico, y esta decisión es el elemento característico de la conducta doloso³⁷⁶.

³⁷³Ibid. p.543.

³⁷⁴Ibid.p.541.

³⁷⁵FRISCH, *Comportamiento típico...*p.57.

³⁷⁶FRISCH, *Comportamiento típico...*pp.47-51. Frisch admite que esta concepción presenta evidentes paralelismos con la tesis mayoritaria del “tomarse en serio el peligro”. Entiende además, que al requisito

El criterio adecuado para la distinción entre dolo e imprudencia, ha de hallarse en el ámbito objetivo entre el riesgo tolerado y riesgo concreto, es decir ya no tolerado por la norma, con este criterio se distingue, según el autor lo que es una conducta dolosa y la que no lo es. De esta manera, no es necesario remitirse o dar precisiones al conocimiento a algún elemento subjetivo, Del lado subjetivo sólo queda establecer si el autor conoció ese riesgo en su dimensión relevante. Por tanto, “la particularidad reside no en el concepto sino en el objeto”³⁷⁷. Frisch reconoce que aquello que tradicionalmente se conoce como “dolo eventual” en rigor es la “auténtica forma básica de dolo”. En el dolo eventual se encuentra comprendido qué constituye, el actuar doloso.

Frisch³⁷⁸ comenta que una de las principales críticas que sus interlocutores es que su tesis no permitía distinguir entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro (concreto). Dado que en su tesis, para la imputación dolosa es suficiente que el autor conozca un riesgo (peligro) concreto, típicamente relevante y ya no tolerado por la norma, entonces quien actúa con dolo de puesta en peligro concreto, actúa también, necesariamente con dolo de lesión. Con ello se violentaría uno de los principios básicos admitidos desde siempre por la doctrina tradicional: que el dolo de lesión comprende al dolo de puesta en peligro, pero no a la inversa. Esta teoría tradicional lograba fundar ello con la exigencia de un elemento volitivo, que se daba respecto del dolo de lesión, pero no respecto del dolo de puesta en peligro.

de tomarse en serio el peligro, es muy similar al de “ver el peligro concreto así para sí”, como manifestación del elemento volitivo, lo cual implica pasar por alto que dicha toma de postura personal es un elemento que conforma el conocimiento y no la voluntad. Ello es así porque en su sistema se rechaza que para la imputación dolosa deba constituirse por una toma de postura personal por parte del sujeto *junto al, y no en, el conocimiento*.

En su opinión la tesis mayoritaria exige un elemento volitivo adicional, se origina en una imprecisa descripción del objeto de conocimiento. Si, en cambio, se tiene claro que ése objeto tiene que ser un peligro concreto relevante para la norma, y no tan sólo la posibilidad de peligro, incluso peligro fácticamente concreto, entonces su solo conocimiento es suficiente para el dolo, y por ende, no es necesario acudir a un elemento volitivo adicional, dejando en claro que el conocimiento para el sistema de Frisch, no debe ser una especie de conocimiento aprehensible de un objeto, sino que este implica una toma de postura por parte del autor.

Con este concepto, Frisch, da por superadas una de las objeciones contra las tesis cognotivistas, según la cual, estas son inaceptables porque premian al que no conoce, por inescrupuloso, y castigan al que conoce, es decir al cuidadoso.

³⁷⁷FRISCH, *Comportamiento típico...*pp.54-57., PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.523 y ss., RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo...*pp.295 y ss.

³⁷⁸PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.550-551.

Frisch, rechaza esta objeción, él entiende que ella se basa en una comprensión no del todo precisa del objeto de dolo. De tal manera que es posible establecer diferencias en el aspecto objetivo, es decir, no es lo mismo el objeto de dolo de lesión que el objeto de dolo de puesta en peligro concreto. Quien obra con esta última clase de dolo debe conocer (es decir, partir para sí de) la existencia de aquel riesgo específico que constituye la situación que cabe denominar peligro concreto; quien en cambio, obra con dolo de lesión, debe saber que su acción trae consigo un riesgo objetivamente ya no tolerado de lesión.

Con ello, advierte que al menos verbalmente los objetos de ambos tipos de dolo no coinciden. Tampoco la coincidencia es de índole material, según este autor, es imaginable que una persona parta para sí del conocimiento de la situación crítica que configura el peligro concreto y, sin embargo, aunque sea por motivos irracionales, confíe en que esta situación, no derivará en la producción de un resultado, esto último es necesario para que haya dolo de lesión, pues el “autor debe partir para sí de una posibilidad objetivamente ya no tolerada, de producción de un resultado”³⁷⁹.

8.1.4.- Valoración Crítica

Entre las objeciones generales que ha recibido la tesis de Frisch, se han recogido las hechas por la doctrina mayoritaria. Ella entiende que por más que Frisch, afirme que su concepto-objeto de dolo, no debe ser identificado con la realización del tipo objetivo, implícitamente reconoce esta operación, pues para el autor reseñado, dolo es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y éste se da precisamente en el tipo objetivo, para lo cual es de utilidad la imputación objetiva.

La reducción del ámbito de conocimiento que supone limitar éste a los presupuestos de la imputación objetiva. Entre el tipo objetivo como objeto del dolo y la limitación de éste a los presupuestos de la imputación objetiva quedaría una laguna sin aclarar.

³⁷⁹Ibid. p.551. De esta manera Frisch supone haber superado la última objeción que podía requerir en su tesis un elemento volitivo junto al intelectual para caracterizar al dolo. Con esta distinción en el objeto del dolo de puesta en peligro y del dolo de lesión, tampoco es necesario remitirse a un elemento volitivo o de carácter emocional.

Hacer de los presupuestos de la imputación objetiva el objeto del dolo es equivalente a sostener que el conocimiento ha de estar supeditado al tipo objetivo en su totalidad. Puesto que, la imputación objetiva lo que resuelve en esencia es si un resultado puede ser imputado a un agente (como consecuencia de su comportamiento). En la moderna teoría del delito se acepta esta imputación del resultado cuando éste represente la realización o materialización de un riesgo creado por el mismo agente. Por lo tanto, el núcleo de la imputación objetiva lo constituye el momento de la materialización del riesgo. Si en rigor este el punto central de la imputación objetiva nos encontramos ante la misma situación que con el tipo objetivo. Por una cuestión de carácter temporal, el agente en el momento de su accionar no puede reconocer, si el riesgo creado se va a materializar o no. Ello, no puede ser en consecuencia abarcado por el sujeto.

Por otra parte el objeto del dolo en esta tesis encierra los mismos inconvenientes que encierra la cognoscencia o capacidad de conocer el tipo objetivo en su globalidad, como objeto adecuado del conocimiento: no puede ser conocido “ex ante” por el sujeto y en su esencia, estructura y función se dirige antes al intérprete del Derecho que al agente³⁸⁰. En este sentido hay autores que próximos a la tesis de Frisch, han tratado de sacar provecho para sus propias tesis, por cuanto, por distintas razones tienden a afirmar que el resultado no forma parte del ilícito³⁸¹.

Lo cual no es tan cierto, puesto que Frisch no lleva esta aseveración hasta sus últimas consecuencias, por ello propone la solución para la distinción entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro. Su propuesta presupone, la inclusión del resultado como punto de referencia del dolo en el sentido tradicional, esto es como objeto de un juicio prospectivo en que la realización del resultado (delitos de lesión) o un grado determinado de posibilidad de su realización (delitos de peligro) se anticipa mentalmente.

En efecto Frisch, afirma que quien obra con dolo de lesión conoce un riesgo concreto ya no tolerado de lesión, y quien obra con dolo de puesta en peligro conoce un riesgo concreto ya no tolerado de puesta en peligro. Sin incluir el resultado que se trate, sea de

³⁸⁰ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*. p.112. / nota 132.

³⁸¹ ZILESINKY, *Dolo e imprudencia*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2003, n°m.30 y ss., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, p.401; MIR PUIG, *PG*, pp. 10/102; Sancinetti, en el prólogo de su tesis doctoral se lamenta de no haber podido acceder a la tesis de Frisch, pese a la proximidad de sus enfoques. Cfr. *Teoría*, 1991, p. XIII.

lesión o de puesta en peligro, como punto de referencia del conocimiento, para Frisch: el dolo, esta distinción no resulta posible. La tesis de Frisch respecto a que el resultado no es punto de referencia del concepto-objeto de dolo, aplicada de manera consecuente, implicaría la identidad entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro. La conclusión que dentro de su tesis la distinción es posible, es correcta, pero también es contradictoria. El problema de la distinción entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro, no es privativa de la tesis de Frisch, sino de todas aquellas tesis que pretendan excluir el resultado como punto de referencia del dolo³⁸².

Otro problema radica en que Frisch toma como punto de referencia la representación del autor; en el seno de la doctrina alemana, la representación también fue tomada como punto de partida de las teorías de la voluntad, para explicar el dolo directo de segundo grado e inclusive el dolo eventual³⁸³. Como se ha visto, Frisch, no deja de tomar en cuenta elementos volitivos o emocionales no significa, con todo, que su teoría no apunte fundamentalmente a la representación del autor. En la historia de la dogmática del dolo, casi ninguna teoría de la representación ha abandonado absolutamente el elemento volitivo o emocional, por ello no es del todo incorrecto continuar señalando a la teoría de Frisch como una nueva teoría de la representación. Sin embargo es una teoría que se basa estrictamente en la representación³⁸⁴.

Las tesis de Frisch, también es criticable respecto a la peligrosidad inherente a la conducta, así por ejemplo:

Cuando el sujeto es consciente de la peligrosidad de su acción, pero a su vez parte de que la misma supone una reducción del riesgo de lesión para el bien jurídico de que se trate. El sujeto actúa en estado de necesidad, tal como lo entiende la doctrina mayoritaria.

Cuando el sujeto sabe que su acción comporta un riesgo para el bien jurídico pero este riesgo es tolerado por el titular del bien jurídico, actúa con consentimiento.

³⁸² Hay autores que partiendo de presupuestos similares han negado la posibilidad de distinción entre dolo de lesión y dolo de puesta en peligro, así, por ejemplo: ZIELINSKY, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 1990, pp.180 y ss., ZILESINKY, *Dolo e imprudencia*... pp.48 y ss.

³⁸³ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*..., nota 1194, nos informa que Sauer en 1955, sostuvo una tesis idéntica a la de Frisch, pues éste autor indirectamente defendió la representación como óptima, así el dolo eventual es un “conocimiento de algo inseguro”.

³⁸⁴ DÍAZ PITA, *El dolo eventual*. pp. 114 y ss.

Aún no se pone en consideración un análisis ulterior en el ámbito de la antijuridicidad, antes bien, debemos hallar el límite que separa al dolo de la imprudencia en el ámbito de la tipicidad, pues aún se habla en sede del tipo subjetivo, donde una conducta ha de ser imputada a título de dolo o de imprudencia ante una figura delictiva determinada. Y mientras no encuentre solución en el ámbito de la tipicidad no podemos pasar a analizar el siguiente estrato que es el de una conducta (ya típica) sea antijurídica o no.

Que el estado de necesidad (cuando se trata de bienes jurídicos desiguales) y el consentimiento prestado por el titular de un bien jurídico son considerados como causa de justificación es una cuestión pacífica en la doctrina³⁸⁵

De igual forma es sabido que la concurrencia de una causa de justificación deja intacta la tipicidad: “el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad quede desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el hecho en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico”³⁸⁶.

Otro de los criterios que utiliza Frisch para seleccionar los comportamientos peligrosos que pueden ser imputados a título de dolo es el de la “escala relevantes de riesgo”. Estas escalas relevantes del riesgo, a las que ha de atender el sujeto a la hora de enjuiciar su comportamiento objetivamente peligroso, se refiere a dos tipos determinados de acciones: aquellas que encuadran en un rol determinado y aquellas que tienen lugar fuera de cualquier rol. Para las primeras no basta con el conocimiento de las normas que rigen las acciones propias de los portadores de ese rol, sino que se hace necesario, también acudir a otros conocimientos y facultades del sujeto, cuando las normas

³⁸⁵ MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p.100 y ss. Respecto al consentimiento la cuestión es aún más discutida, aunque en todo caso, afectando a la tipicidad, siempre será un problema de la actuación del sujeto. Y no de si actúa o no con dolo.

³⁸⁶ En contra de la opinión dominante encontramos la teoría de los elementos negativos de los elementos negativos del tipo, que en este caso, puede explicar por qué FRISCH defiende como comportamientos no típicos aquellos en los que el sujeto actúa creyendo estar amparado por una causa de justificación. La teoría de los elementos negativos del tipo postula que el delito no sólo ha de abarcar las circunstancias típicas del delito, sino también todas aquellas de carácter fáctico que sirven de base a la antijuridicidad. Los presupuestos de las causas de justificación se integran como elementos negativos del tipo y el error sobre el sujeto sobre los mismos deberá recibir el tratamiento de error de tipo. Vid. JESCHEK, *Tratado...* pp.338 y ss.

estandarizadas de ese rol resultan insuficientes a la hora de hacer un pronóstico de riesgo³⁸⁷.

Como exposición teórica, estas exigencias son irreprochables. Sin embargo, se advierten ya algunos problemas, la cuestión que se plantea en qué momento las normas estandarizadas de un rol dejan de ser suficientes y es necesario acudir a otras fuentes que nos den la medida exacta de la peligrosidad de su acción; o, por ejemplo quien ha de realizar esa valoración, el sujeto en el momento de actuar o el Juzgador al momento de enjuiciar el caso; o cuáles son esas otras fuentes a las que el sujeto debe recurrir para saber el grado exacto de peligro de su acción para el bien jurídico que se trate. El criterio encierra demasiadas interrogantes como para poder un criterio de delimitación segura de los supuestos dolosos. También se encuentran problemas respecto a los casos referidos a acciones realizadas fuera de un rol determinado. Lo criticable: es la demarcación de los comportamientos que conforman estos casos: las acciones arriesgadas que se producen en el contexto de cualquier plan delictivo³⁸⁸

9.1.-Las teorías del riesgo. El segundo renacimiento de la teoría de la probabilidad.

9.1.1.- La tesis de Herzberg como el conocimiento del peligro protegido

En la búsqueda de un criterio delimitador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, parte HERZBERG de que, en ambos casos nos encontramos ante peligros no tolerados por el ordenamiento jurídico, es decir, peligros concretos para un bien jurídico normativamente relevantes. La distinción entre peligro tolerado y peligro no tolerado por el ordenamiento penal no es, por tanto, un criterio válido a seguir para lograr esta delimitación. Esta distinción constituye, la base de sus consideraciones.

Se trata de encontrar un criterio cualitativo capaz de calificar una acción como peligrosa o arriesgada para un bien jurídico como merecedora de la penalidad prevista para los comportamientos dolosos en comparación con los imprudentes. Este criterio cualitativo se aleja así de la usual división de naturaleza cuantitativa entre peligro próximo y

³⁸⁷ Estas exigencias son también propuestas por PHILIPPS, nota 157., DÍAZ PITA, *EL dolo eventual...* p.133.

³⁸⁸ DÍAZ PITA, *El dolo eventual...* p.133.

peligro lejano y nos podrá conducir a una ordenación tipológica fiable en cada grupo de casos.

Para una exposición clara de lo que entiende Herzberg entre peligros protegidos y los no protegidos, el propio autor propone el siguiente ejemplo:

“En una construcción en obras, el capataz P ordena al aprendiz de albañil L que suba a un andamio para realizar un trabajo urgente. El andamio al que ha de subirse L no reúne las condiciones prescritas por las normativas referentes a la seguridad en el trabajo. P, por lo tanto, está creando un peligro, que puede ser fatal para la vida e integridad física de L, no tolerado, además por la normativa vigente”³⁸⁹.

“Si analizamos el caso detenidamente-nos dice Herzberg- vemos que se perfila una particularidad del peligro creado, no permitido por la norma vigente. Este peligro, por muy alarmante que nos parezca, aparece de cierto modo tamizado puesto que el aprendiz lo ve y todas las expectativas de lesión derivadas de la falta de protección de carácter técnico se verán compensadas con éxito gracias a un cuidado más elevado. Se hace innecesario resaltar que este cuidado no puede ser un sustitutivo de igual valor. Pero, de todos modos, constituye una reserva altamente eficaz”³⁹⁰. Quiere ello decir, que el hecho de que un peligro pueda ser calificado como protegido no obsta, para que, al mismo tiempo, no sea un peligro tolerado: la protección de un peligro por medio de la atención más elevada que el titular del bien jurídico presta es un dato fáctico y, por tanto, no interfiere en los datos valorativos a la hora de enjuiciar un peligro desde la perspectiva del ordenamiento.

Lo que hace que un peligro pueda ser calificado como protegido depende, de la atención que preste el titular del bien jurídico amenazado al producirse la acción. Al tratarse de una situación anormal, de una situación peligrosa, que afecta de forma directa a los intereses del sujeto pasivo, éste se esforzará para la que el resultado lesivo no se lleve a efecto en la realidad. Esta situación, es decir, la confianza del sujeto en que “todo saldrá bien” constituye para la doctrina partidaria de las tesis volitivas, una confianza ciega e irracional con la que el sujeto deja, en manos del azar la producción o no del resultado

³⁸⁹ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.230.

³⁹⁰ *Ibídem*.

lesivo³⁹¹. Para Herzberg, por el contrario, en este supuesto de casos, el sujeto ha reconocido el peligro y su confianza “en que todo saldrá bien” no se puede calificar de irracional o infundada. Esta “confianza”, se encuentra racionalmente fundamentada: en el ejemplo propuesto, si el aprendiz de albañil lleva a cabo su tarea y desciende del andamio sano y salvo, ello, no será una feliz casualidad, sino “la superación del peligro gracias al esfuerzo humano”³⁹².

Así lo que tradicionalmente fue calificado como una feliz casualidad en la salvación del sujeto pasivo, es atribuible no al azar, sino al propio titular del bien jurídico, que se esforzó en impedir el resultado. Como fuere que el sujeto activo era consciente de esta reacción del sujeto pasivo, su confianza en la feliz resolución de la situación no es ni mucho menos ciega e irresponsable u optimista, sino que se funda en la experiencia. Ahora bien, puede que la situación termine mal, es posible, que la atención más elevada del sujeto pasivo, titular del bien jurídico amenazado, o de un tercero, no sea suficiente para evitar la efectiva producción del resultado lesivo. Este dato, sin embargo, carece de relevancia para Herzberg, puesto que no tiene que ver con la calificación de un peligro como protegido o desprotegido: “el infortunado desarrollo de la situación no influye en la calificación de peligro protegido o desprotegido” (Herzberg)³⁹³. El hecho de que el resultado lesivo se produzca, nos indica que ya desde un principio faltaba esa especial protección y si el causante del peligro era consciente de ello. Si el sujeto que ha creado el peligro no tiene ya la posibilidad de evitar el resultado lesivo, entonces estaremos frente al fracaso de la “reserva de protección” que supone la mayor atención del titular del bien jurídico amenazado o de un tercero, en situaciones como estas, nos encontraremos ante un peligro desprotegido.

Las situaciones de peligro desprotegido son aquellas en las que nada, ni el sujeto que crea el peligro, ni el esfuerzo personal del titular del bien jurídico en peligro ni el de un tercero representan una “reserva” en cuanto la evitación de un resultado lesivo. En este supuesto de casos, por tanto, no hay cabida para la confianza, un cuidado orientado a la evitación del resultado lesivo, ésa confianza será considerada como irracional.

³⁹¹ Vid, JESCHECK, *Tratado...*p.404 y ss.

³⁹² En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.231.

³⁹³ *Ibíd.*

Dentro de este grupo de casos, por ejemplo, se podría plantear el siguiente: la violación de un menor de 12 años, en la que el sujeto agente actúa bajo la sospecha de que tenga 11 años. En este supuesto de casos, en palabras de Herzberg³⁹⁴: “el sujeto actúa siendo consciente del peligro desprotegido de producción del resultado”. La edad de la víctima no puede cambiarla nadie. Y si el sujeto confía en que sea mayor a doce años, su esperanza es irracional. Como es de apreciar, peligro desprotegido no es equivalente a peligro lejano (abstracto). Por tanto, la entidad y la proximidad objetivas del peligro no están ligadas a su desprotección.

9.1.2.- Valoración Crítica

Los primeros problemas de esta teoría aparecen ya en lo que ha de entenderse como peligro “protegido” y “desprotegido”. No es clara la delimitación, si esta clase de peligros deben tener una entidad objetiva o subjetiva. Si se parte de un concepto de peligro objetivo, este tendría que ser un presupuesto antes de la acción, lo problemático de ello surge en sí el sujeto puede aprehender dicho peligro configurado de manera objetiva. Aplicando la tesis de Herzberg al siguiente ejemplo se denotará su inconsistencia:

“X, en su fábrica de productos químicos, a pesar de las insistentes peticiones de los operarios y de ordenar su actividad de acuerdo a la normatividad, no les procura las correspondientes mascarillas, debido a lo cual, Y adquiere una enfermedad pulmonar que le incapacita para toda actividad laboral”. En el ejemplo propuesto, dicho peligro entraría bajo los supuestos de casos, donde existe un peligro protegido, pues tanto X como Y lo han aprehendido. El peligro es normativamente relevante, no tolerado por el ordenamiento jurídico, ya que la provisión de mascarillas es impuesta por la normativa reglamentaria. Siguiendo la tesis de Herzberg, X confía de modo racional en Y (o cualquiera de sus operarios), tomará las medidas necesarias para evitar cualquier quebranto de su salud derivado de la manipulación constante de sustancias tóxicas, estará actuando de manera imprudente, puesto que el peligro creado o aumentado por X tiene la entidad de ser protegido. El resultado no puede estar más alejado de la tesis de Herzberg.

³⁹⁴ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.232.

Basar la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia consciente en la propia capacidad evitación del sujeto activo, del titular del bien jurídico amenazado o de un tercero no resulta sostenible. Puesto que el sujeto activo puede tener, quizás, el control sobre su capacidad para evitar el resultado lesivo o para disminuir el riesgo de lesión que con su acción ha creado. Si el peligro está protegido, entendido este en su entidad objetiva, entonces es aceptable, racional, que el sujeto pasivo, intente evitar la producción del resultado lesivo, en vista de que se trata de su propia “vida” o “integridad física”. Si aceptamos la premisa, mediante la cual la capacidad de evitación provendrá, del sujeto activo, o del sujeto pasivo o de un tercero, entonces la imputación tendrá que ser imprudente. La defensa de la imputación a título de imprudencia también es compartida por Herzberg, pero si el supuesto es visto, desde la perspectiva de quién originó el peligro corresponde una imputación a título de dolo, ello porque desde el ámbito en estricto jurídico, este accionar se torna intolerable. Todo ello, nos deja márgenes amplios de inseguridad, puesto que no sabremos, si el sujeto pasivo pudo o no aprehender la situación de peligro en la que se ve inmerso a causa del sujeto activo.

Por tanto, la acepción de peligro como una entidad objetiva es más operativa. Sin embargo, de faz a delimitar los supuestos dolosos e imprudentes, la incertidumbre parece perennizarse. Si un sujeto adelanta en una curva de escasa visibilidad, señalizada como peligrosa, y en la que está prohibido adelantar, ese peligro está protegido en cuanto avisado y es también desde el punto de vista normativo, relevante. Pero en este caso, aun interpretando, la señal de prohibido como protección del peligro. ¿Qué medidas puede adoptar el conductor, que conduciendo por su carril, se ve sorprendido por la presencia intempestiva de otro automóvil? ¿Qué puede esperar el sujeto que ha creado la situación de peligro? Con estos cuestionamientos se pueden plantear las siguientes cuestiones: ¿A quién va dirigida la protección del peligro?, ¿es un peligro protegido para el sujeto activo, o lo es para el titular del bien jurídico amenazado? Si hemos de concebir el peligro en su entidad objetiva, se tornará entonces irrelevante, el aspecto subjetivo, con lo cual no se podrá extraer criterios seguros a la vez que valederos para la distinción entre el dolo y la imprudencia.

La tesis que clasifica al peligro, en protegido y desprotegido, adolece en el fondo de las mismas limitaciones correspondientes a las teorías de la probabilidad, frente a la delimitación del dolo y la imprudencia, porque conserva el carácter cuantitativo de su

predecesora, la decisión entre imputación a título de dolo e imprudencia, ya no se adopta en base a una probabilidad lejana o próxima de lesión, sino partiendo de la protección de la efectividad de la protección³⁹⁵. (criterio a la postre cuantitativo)

9.1.3.- La tesis de Jakobs: El riesgo habitual

La tesis de Jakobs rechaza el elemento volitivo como integrante de la definición de dolo, propugnando la suficiencia del elemento intelectual o cognitivo. Este elemento cognitivo no consiste sólo en la percepción intelectual del riesgo, sino un juicio que el sujeto realiza sobre la peligrosidad situacional con la ayuda de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico. En este juicio de peligrosidad, el dato más relevante, es el bien jurídico amenazado, es decir la importancia y el peso específico que a cada bien jurídico le otorga el ordenamiento penal. Con esta tesis lo que se busca es normativizar el concepto de dolo eventual, intentando basar su contenido en las normas jurídico penales, y serán criterios que nos permitirán imputar una conducta a título de dolo o imprudencia.

Para llegar a este propósito Jakobs parte de los fines de la pena: “la realización del fin de la pena, entendiendo como fin de la pena el mantenimiento de la vigencia normativa, es decir, de la prevención general positiva”³⁹⁶. La prevención general positiva a diferencia de la prevención general negativa se dirige “al ciudadano fiel al Derecho”³⁹⁷. Es decir, excluyendo toda conducta contraria a Derecho como susceptible de una sanción penal. De aquí se derivan algunas cuestiones: en primer lugar los inimputables no recibirán respuesta en forma de pena porque “el conflicto que una persona de este tipo produce con su hecho, no afecta la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes”³⁹⁸. Es decir, el comportamiento de los inimputables no constituye una infracción de las normas penales en el sentido que estas personas son incapaces de comprender dichas normas y la transgresión de las mismas.

En segundo lugar, los supuestos de no exigibilidad de una conducta distinta no necesitan tampoco una respuesta penal, puesto que ningún ordenamiento jurídico puede

³⁹⁵ Coincidentes con esta opinión PUPPE y DÍAZ PITA, El dolo eventual...p236/nota40.

³⁹⁶ JAKOBS, *Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas*...p.213.

³⁹⁷ JAKOBS, *Sobre el tratamiento*...p.214.

³⁹⁸ JAKOBS, *Sobre el tratamiento*...p.217.

esperar de los ciudadanos que por él se rigen una conducta heroica en casos extremos³⁹⁹.

En tercer lugar, Jakobs, afirma que los grupos de casos que vienen constituidos por los comportamientos imprudentes y por los casos de error de prohibición. En este grupo de casos si se produce la respuesta por parte del ordenamiento en forma de pena, pero esta respuesta aparece atenuada frente a la pena prevista para los delitos dolosos. La explicación que esboza Jakobs es la siguiente: “De acuerdo con las condiciones de funcionamiento de la norma para explicar la diferente gravedad de la pena que llevan aparejadas las acciones dolosas e imprudentes. Para que la norma funcione, deben darse unas prestaciones de carácter cognitivo y volitivo por parte del sujeto, último destinatario de la norma; o sea, el sujeto debe en primer lugar conocer la norma y en segundo lugar, querer cumplirla, o lo que es lo mismo, procurarse una motivación adecuada en sus comportamientos basada en el respeto al ordenamiento vigente- prosigue Jakobs la norma convencional de levantarse del asiento para saludar a una señora únicamente puede ser observada si el sujeto, no sólo puede conocer dicha norma, la situación en la que se encuentra frente a la señora y la posibilidad de levantarse, sino también cuando quiere observarla, es decir, cuando no le es completamente indiferente o no le da mayor importancia a quedarse sentado. Lo mismo ocurre con las normas jurídicas”⁴⁰⁰. Resumiendo, lo afirmado por Jakobs, subyace en el sujeto, en su esfera más íntima, el conocimiento de la norma y la voluntad para acatarla.

En caso de que fallará esta motivación, se debe a una alteración de carácter cognitivo, esta alteración produce una atenuación de la pena (como puede ser el caso de la imprudencia o el error de prohibición), mientras que una alteración volitiva, no excluye la pena sino que ni siquiera la atenúa. Esta negativa viene a expresar la imperfección y la inestabilidad del orden de convivencia establecido por el ordenamiento jurídico, siendo, la única vía para restablecer la estabilidad amenazada por la comisión de un delito, la imposición de una pena⁴⁰¹. Quien se define como persona que vive en sociedad, debe también definirse como persona competente cuya voluntad es suficiente

³⁹⁹ Este es el tratamiento, que se da en los supuestos del estado de necesidad, como causa de justificación, y esto conforma la base de las apreciaciones de JAKOBS, lo que en el fondo subyace: el ordenamiento penal no puede esperar que un ciudadano normal, en condiciones extremas, lleve a cabo una acción heroica si no está obligado, en función de su cargo u oficio, a sacrificarse. En JAKOBS, *Sobre el tratamiento...*p.220.

⁴⁰⁰ JAKOBS, *Sobre el tratamiento...*p.220.

⁴⁰¹ JAKOBS, *Sobre el tratamiento...*p.221 y ss.

para observar las normas. Esta competencia generalmente aceptada e interiorizada es la que suministra la base para la exigencia de una responsabilidad a la que usualmente se llama culpabilidad en caso de incumplimiento voluntario del mandato normativo⁴⁰².

Se pueden distinguir en la tesis de Jakobs, cuatro puntos cardinales, los cuales configuran su concepción de dolo eventual, el primer criterio, vendrá dado por el conocimiento por parte del sujeto entendido no sólo como acto intelectual de aprehensión sino también como juicio válido, del mismo sobre la posibilidad de producción del resultado; el segundo, la mayor o menor dificultad objetiva de impedir el resultado lesivo; el tercero, la importancia y amplitud que al bien jurídico amenazado otorga el ordenamiento penal, y, por último, las características del riesgo, si es que este puede considerarse un riesgo suficiente, o al que el sujeto se encuentre habituado.

A efectos de la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente, siguiendo la tesis de Jakobs, se prioriza el elemento cognitivo. En los supuestos de dolo eventual, la situación es la siguiente: respecto de una acción no querida sin condiciones para el sujeto, aparecen una serie de efectos concomitantes cuya materialización, sí es eventual. En este supuesto de casos no se trata de determinar lo que el sujeto quería o no, o lo que exactamente aspiraba, lo que es relevante, es si el sujeto podía o no controlar la situación, dirigiendo su acción, para lo cual cualquier especulación sobre la actitud interna del sujeto resulta irrelevante. Las teorías tradicionales de carácter cognitivo han defendido la premisa de la suficiencia del conocimiento, entendido éste, como una alta probabilidad de producción del resultado lesivo para poder imputar tal acción a título de dolo. Jakobs no niega dicha premisa, pero la considera insuficiente. Se hace necesario además del conocimiento un juicio válido por parte del sujeto. Este juicio válido, forma parte de la aprehensión de la situación, es decir, engloba, la probabilidad de producción del resultado lesivo. Este juicio se forma en el momento de la acción: si el juicio sobre la probabilidad de producción del resultado en el momento de actuar era afirmativo, es decir, si el sujeto, tiene la certidumbre de que el resultado se puede producir, entonces habrá actuado con dolo eventual: “se da dolo eventual cuando el sujeto juzga, en el momento de la acción, que la producción del resultado lesivo como consecuencia de su acción es probable”⁴⁰³.

⁴⁰² JAKOBS, *Sobre el tratamiento...* pp.223-224.

⁴⁰³ JAKOBS, *Derecho penal*. PG. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 271.

Consecuente con este postulado, la dificultad o facilidad para evitar la producción del resultado lesivo, no ha de analizarse desde la subjetividad del agente, es decir, la dificultad o facilidad para evitar el resultado no ha de tratarse como una motivación subjetiva del sujeto para actuar o para omitir la acción que conlleva el resultado lesivo. Por el contrario, la cuestión se centra en determinar si la mayor o menor dificultad de evitación del resultado podía o no actuar como motivación del sujeto⁴⁰⁴.

Lo fundamental es lo que el sujeto conoce de la situación o lo que cree conocer, y ello es una actividad intelectual en la que no tiene importancia la actitud interna del mismo o su voluntad.

Ahora bien, el parámetro a tener en cuenta, será la relevancia decisiva del riesgo conocido por el sujeto, y esta relevancia nos viene dada por la protección del ordenamiento jurídico, este es el que atribuye el valor a un bien jurídico amenazado, por lo que es la valoración legal y no la valoración individual del sujeto la que decide la importancia del bien jurídico amenazado. Por tanto, el dolo no queda excluido cuando un sujeto emprende una acción que supone la lesión de un bien jurídico por considerar este de poco valor o por serle indiferente. De la misma forma, no quedará excluido el dolo cuando en casos de error de prohibición, el sujeto infravaloró el bien jurídico y consideró que una acción lesiva para el mismo no tenía importancia. El grado de peligrosidad suficiente para afirmar que un riesgo es relevante debe venir dado por juicios legales y no subjetivos: “el riesgo que no es tolerado por el ordenamiento jurídico será relevante, aunque el sujeto lo considere incidental”⁴⁰⁵.

La peligrosidad viene dada por la frecuencia estadística masiva con que determinados hechos se producen, por ejemplo, los accidentes en el tráfico viario, estos son considerados como riesgos habituales. Los riesgos habituales, pese a constituir un grupo de peligros estadísticos, desde el punto de vista individual de cada sujeto no lo son: “quien conduce con un alto porcentaje de alcohol, crea un peligro estadístico calculable e individual, pero que carece de importancia respecto al resultado lesivo por ser esta una situación habitual para el sujeto”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ JAKOBS, *Derecho penal...*p.270.

⁴⁰⁵ JAKOBS, *Derecho penal...*8/31, p.277.

⁴⁰⁶ JAKOBS, *Derecho penal...*8/31, p.277.

Sin embargo, la habitualidad del riesgo, sólo puede esgrimirse si se trata de una situación personal, es decir, cuando el que corre el peligro es el sujeto mismo. Nadie podrá alegar que está acostumbrado a llevar una vida peligrosa, cuando lo que está en peligro a través de la acción de un sujeto es su alteridad (o sea, el bien jurídico amenazado perteneciente a otro titular)⁴⁰⁷. Pero si el hábito del riesgo surge como consecuencia, de la participación ajustada a Derecho en el tráfico viario, la creación del riesgo no se incluiría en la responsabilidad del sujeto. “Un riesgo será relevante y suficiente para la imputación a título de dolo, no sólo cuando su gravedad lo indique, sino también cuando traspase la medida según la cual un riesgo debe ser de forma general interpretado como no tolerado, en tanto determinados ámbitos de la vida no deben ser protegidos de forma absoluta”⁴⁰⁸.

9.1.4- Valoración Crítica

La tesis de Jakobs viene a ser una mezcla entre las teorías de la probabilidad y las teorías de la decisión, aquellas que consideran “el tomar en serio”, el riesgo de la producción de un resultado lesivo, cuando se trata de afirmar la concurrencia del dolo eventual: “cuando el sujeto juzga, en el momento de la acción, que la producción del resultado como consecuencia de su acción no es improbable”⁴⁰⁹. Se vuelve al parámetro de la probabilidad, cuyas dificultades se sitúan en hacer una diferencia cuantitativa y no cualitativa, de orden a distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente. La probabilidad del resultado queda inmersa dentro del juicio elaborado por el sujeto, teniendo en consideración la importancia legal respecto a la protección del bien jurídico, pueda operar como un contramotivo para el sujeto a abstenerse de llevar a cabo la acción. Si el sujeto estima, por desconocimiento o indiferencia, que el bien jurídico amenazado no es de especial relevancia, habrá dolo eventual. Por el contrario, si la escasa posibilidad de que se produzca el resultado o la gran facilidad de evitación del mismo forman parte del juicio del sujeto, su acción ha de ser tenida como imprudente.

No se hace fácil distinguir entre las teorías de la probabilidad y la tesis de Jakobs, las dificultades en ambas son casi idénticas, lo mensurable, en lo probable, es de escasa

⁴⁰⁷ JAKOBS, *Derecho penal*...8/31, p.277.

⁴⁰⁸ JAKOBS, *Derecho penal*...8/32, p.278.

⁴⁰⁹ JAKOBS, *Derecho penal*...8/32, p.278.

operatividad, no se puede determinar la intensidad de la lesión en porcentajes. Además de ello Jakobs recurre a la indiferencia, siendo esta conformante de una actitud interna del sujeto hacia el objeto protegido, es decir, por una parte se niegan los elementos de tendencia e incluso el elemento volitivo y por otra se las toma como un criterio delimitador, en apariencia útil para delimitar el dolo y la imprudencia.

Por otra parte, se hace una discriminación entre los bienes jurídicos afectados, así se podrá calificar una conducta a título de dolo eventual, si el sujeto lesionó bienes jurídicos, que el ordenamiento jurídico considera de mayor importancia, tales como la “vida” o la “integridad física”, en cambio las acciones lesivas dirigidas a otros bienes jurídicos, menos relevantes, según el ordenamiento jurídico, conducen a calificar una conducta como imprudente⁴¹⁰.

La “habitualidad del riesgo”, desde la perspectiva del sujeto, hace, por su parte, que el juicio de probabilidad que debe motivar al mismo a abstenerse de actuar, se debilite. Es por ello, que en estos casos la imputación en estos casos deberá realizarse a título de imprudencia, aunque el riesgo pertenezca al grupo de riesgos no tolerados por el ordenamiento jurídico penal. Es el caso propuesto por Jakobs, del sujeto que conduce en un estado de embriaguez al que está acostumbrado, por lo cual la posibilidad de que se produzca un resultado lesivo es considerada por el mismo tan reducida que no la tendrá en cuenta a la hora de actuar. A pesar, de que este grupo de acciones, pertenece al grupo de riesgos no tolerados por el ordenamiento jurídico por su peligrosidad estadística, no ocurre así respecto a la importancia que el sujeto les concede. Esta habitualidad, excluye el dolo⁴¹¹.

⁴¹⁰ ROXIN, *Derecho penal...*p.287.

⁴¹¹ Surge una cuestión que aún, no se ha resuelto de manera satisfactoria: ¿por qué razón la conducción bajo estado de embriaguez, por mucho que el sujeto este habituado, merece una penalidad menor, al sujeto se pasa un semáforo en rojo? En el primer caso, según JAKOBS, estamos ante un sujeto que actúa con dolo respecto al tipo de conducción temeraria bajo los efectos de bebidas alcohólicas y con imprudencia respecto de las posibles lesiones a terceros, mientras que el sujeto para el cual pasa desapercibida la luz del semáforo en rojo, actúa con dolo eventual respecto de estas lesiones. La comparación propuesta por JAKOBS no es afortunada. Sin embargo, tendría que entenderse que la habituación al riesgo, hace referencia a actividades cotidianas, que de por sí implican un alto riesgo, pero que son toleradas, como por ejemplo, el tráfico viario, cabe la posibilidad de que este riesgo sea incrementado por el propio accionar del sujeto agente. Por ello, no se observa una razón suficiente, del por qué a un mismo disvalor de acción: la del conductor temerario y la del conductor que sobrepasa la luz roja del semáforo sin miramientos, han de tener distinta penalidad, por el hecho de que uno de los sujetos este habituado a la ingesta de alcohol

9.1.5.- La tesis de Jakobs en el segundo período⁴¹².

En este artículo, Jakobs deja de lado las supuestas barreras que operan dentro del derecho positivo alemán, donde una concepción rígida para el error de tipo, dentro de su ordenamiento, por desconocimiento, obliga a una atenuación de las consecuencias positivas, y una regulación elástica del error de prohibición, facultaría, en caso de desconocimiento a una atenuación de las consecuencias punitivas⁴¹³.

Actualmente Jakobs entiende, que el conocimiento no es más que un indicador de la presencia de indiferencia jurídica, y que la culpabilidad no se afirma nunca porque haya conocimiento del tipo de ilícito, sino por la ausencia de fidelidad al derecho. A nivel de teoría del error esto importa, tal como el mismo Jakobs afirma, ahora expresamente retomar la tesis de la teoría del dolo, *dolus malus*⁴¹⁴. A nivel procesal, esto significa, que no es el conocimiento lo que hay que probar sino la indiferencia jurídica⁴¹⁵. Quien desconoce por indiferencia resulta beneficiado, y ello importa un psicologismo inapropiado, que en su opinión el derecho penal arrastra desde Feuerbach: “¿Por qué la teoría de la imputación tendría que ser sirvienta de la psicología?”, se pregunta⁴¹⁶.

De ello, infiere Jakobs, que no es posible preguntarse primero por el dolo sin antes plantearse la cuestión de la culpabilidad: “el dolo de un hecho delictivo siempre bajo la condición siempre bajo la condición de la culpabilidad ya dada. Hechos justificados o hechos inculpables no son hechos cometidos con dolo delictivo. El nivel específico del derecho penal entra en consideración sólo a partir de la culpabilidad”⁴¹⁷. A partir, de este artículo, el autor, considera al dolo e imprudencia como formas de culpabilidad.

⁴¹² JAKOBS, Günther, *Dolus malus*, INDRET, Barcelona, octubre, 2009, <http://www.indret.com/pdf/674.pdf>, pp.1-23.

⁴¹³ JAKOBS, Günther, *Dolus malus*...pp. 4-5.

Art. 16.1.- Error sobre las circunstancias de hecho, 1) No actúa dolosamente quien, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que integra al tipo legal. Ello no afecta la punibilidad por comisión imprudente.

Art.17.- Error de Prohibición.- Si el autor, al cometer el hecho, no comprende que realiza un ilícito, actúa sin culpabilidad, si no puede evitar ese error. Si el autor podría evitar el error, la pena podrá ser atenuada según el art. 49, párr. 1.

Tomado del apéndice legislativo de: PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*...p.152.

⁴¹⁴ JAKOBS, Günther, *Dolus malus*...p.7.

⁴¹⁵ JAKOBS, Günther, *Dolus malus*...p.8.

⁴¹⁶ JAKOBS, Günther, *Dolus malus*...pp. 8 y ss.

⁴¹⁷ Ibid., p.18.

Sostiene, Jakobs, que el conocimiento no es relevante para el delito, *per se* sino únicamente como indicador de la indiferencia jurídica, resta averiguar si todo conocimiento ha de indicar una indiferencia jurídica. La respuesta, a esta cuestión, es negativa, los conocimientos que no corresponden con un rol, por ejemplo los conocimientos especiales, no pueden indicar, indiferencia jurídica, al menos si el derecho no quiere transformarse en una institución total.

La separación conceptual entre dolo e imprudencia es en esencia “la separación de determinante para la cuantía de culpabilidad pasa no entre el conocimiento de la realización del tipo y su desconocimiento, sino entre la falta de relevancia para la decisión subjetiva de una realización típica cognoscible; en síntesis: se trata de la relevancia para la decisión de una realización típica al menos cognoscible versus error al respecto”⁴¹⁸.

9.1.6.- Valoración Crítica

Creemos que Jakobs, a pesar del esfuerzo notable que realiza en este artículo, no se ha desafiado de las corrientes psicologicistas, porque la indiferencia no es más que un estado mental o del conocimiento, y que a lo sumo puede comprenderse como un dato empírico a la hora de afirmar la concurrencia del dolo en un caso concreto.

En este segundo período de Jakobs, merece reparos la idea de un “dolo delictivo”, pues ello importa aceptar que existe un “dolo no delictivo”, algo que está emparentado con la idea de la “imprudencia natural” y también con la de “dolo natural” del finalismo, más allá que Jakobs, objete ahora enfáticamente este concepto.

Esto no es más que la prueba del fuerte psicologismo que impregna no sólo el discurso, sino la construcción conceptual, de autores, que objetan la influencia de la psicología, No hay dolo que no sea el “delictivo”. Fuera del marco teórico del derecho podrá haber, conocimiento, voluntad, indiferencia u otros datos empíricos, pero no “dolos” ni “imprudencias” naturales.

⁴¹⁸Ibid., p.19.

Sin embargo, es correcta la afirmación de Jakobs, en el sentido que la falta de conocimiento o representación no tiene por qué excluir el dolo. El problema de ella, es que como reflejo de la teoría del *dolus indirectus*, resulta muy amplia; al identificar el dolo con la indiferencia respecto a la realización del tipo, puede considerar dolosos incluso casos que tal indiferencia tiene lugar, pero no puede decirse de este criterio que es irracional.

La indiferencia no tiene que ser jurídico-penalmente relevante, sino porque consiste, en tomar en cuenta aquello que no interesa al autor. El criterio de la indiferencia en Jakobs, quedaría enriquecido, mediante pautas rectoras conforme a las cuales ciertas indiferencias resultarían reprochables en un sentido empírico, el reproche que permite calificar a una acción como dolosa o imprudente. En esas pautas de enjuiciamiento ha de estar, pues, la clave del concepto de dolo, y no el objeto psíquico a enjuiciar. Si hay indiferencias reprochables no es porque haya indiferencias “sentido normativo” como se ha sostenido, por el autor., sino porque en determinadas circunstancias no es correcto asumir esa actitud. Una actitud “interna” siempre conformará un dato psíquico. Lo normativo es el criterio a partir del cual se valora dicho dato; y esas pautas rectoras provienen del Derecho.

9.1.7- La tesis de Puppe

La tesis de Puppe puede ser denominada como la “normativización” del elemento volitivo, esta autora critica las teorías de la “actitud interna”, tal como ella las ha denominado⁴¹⁹. Todas ellas premian una actitud (el desinterés frente a la integridad ajena) que difícilmente merezca recompensa alguna, y castigan otro (el tomarse en serio es integridad del prójimo) que difícilmente merezca reproche.

Por tanto, las teorías del consentimiento como las de la voluntad cometen el mismo error: ambas “se embarcan en la cuestión de cómo el autor elabora psíquicamente la resolución falsa de un conflicto entre sus objetivos y la integridad ajena jurídicamente protegida. Pero ello es nada más que un asunto que hace a su fuero interno y que no le concierne al derecho...Lo decisivo no es, por tanto, si el autor de hecho a consentido o

⁴¹⁹PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, pp.89 y ss.

reprimido la puesta en peligro o la lesión de la integridad ajena, sino si su comportamiento, interpretado como el de un ser racional, constituye la exteriorización de dicho consentimiento”⁴²⁰.

La teoría de la voluntad ha estado siempre marcada por una dificultad que no ha podido superar, su ambigüedad. En efecto como pone en relieve la autora tanto en el lenguaje jurídico como en el coloquial, el término voluntad puede entenderse en un sentido estrictamente “descriptivo general” y, también en un sentido normativo- imputativo⁴²¹. En sentido descriptivo psicológico “voluntad” equivale a querer, o a tener la intención, mientras que en sentido normativo-imputativo, “voluntad significa que el autor “no puede alegar en su descargo que él no quiso el resultado en sentido psicológico”⁴²²

La distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente ha de partir de la distinción cualitativa entre el peligro de dolo y peligro de imprudencia. Por tanto, no se puede entender el peligro sólo como una medida cuantitativa susceptible de ser mensurable en porcentajes en forma continua desde una probabilidad del 100% hasta casi el 0%⁴²³. Se debe partir del conocimiento de los hechos del autor. Un peligro es un peligro de dolo, cuando considerado en sí mismo, constituye un método idóneo para producir el resultado⁴²⁴. Este criterio entre peligro de dolo y peligro de imprudencia lo puso en discusión Müller⁴²⁵, sin haberle dado un mayor desarrollo teórico. La idea que subyace ya en la teoría del *dolus indirectus*. No es asunto del autor evaluar si una representación que efectivamente él tiene sobre el peligro es suficiente como peligro de dolo. Esta es

⁴²⁰ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp.70-72.

⁴²¹ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p.72.

⁴²² PUPPE, *La distinción*, p.73 y ss.

⁴²³ PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, p.89: “Herzberg fue el primero en intentar establecer conceptualmente de forma cuidadosa, una distinción cualitativa de esta índole entre el peligro de dolo y el peligro de imprudencia, y fundamentarlo normativamente, aunque su idea básica aparece ya en Kindhäuser. En torno a esto, Herzberg se expone innecesariamente a críticas, al decir que el peligro de dolo y el peligro de imprudencia es un “problema del tipo objetivo”. Eso no puede ser correcto, ya por el hecho de que el ámbito causalmente determinado, el peligro objetivamente creado es de 100% o bien es de 0%”

⁴²⁴ En las consecuencias de modo similar, RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 357 y ss.

⁴²⁵ MÜLLER, *La significación de la relación causal en el Derecho penal y en la reparación de daños*, 1912, trad. Marcelo Sancinetti, en *Causalidad, riesgo e imputación*, Hamurabi, Buenos Aires, 2009, p.74, parte de las siguientes premisas a fin de imputar una conducta como dolosa o imprudente: 1) el grado de puesta en peligro del fin perseguido en la norma; 2) la medida de la lesión posible; 3) el fin que persigue la acción a juzgar. Este autor considera que la entidad del peligro como base para la atribución del título de imputación, trabajo en el que se distingue entre la relación causal y la contrariedad objetiva a la norma jurídica de manera muy similar a la actual teoría de la imputación objetiva” Véase. pp. 39-104.

una cuestión jurídica⁴²⁶. Sin embargo, él tiene que ser consciente de que en sí existe un peligro de que se realice el tipo⁴²⁷.

Sólo se puede hablar de un método para producir el resultado si, según los conocimientos que él aplica, la chance de alcanzar la meta es relativamente alta. Mas no se puede decir de modo general sobre la cantidad de peligro del dolo; especialmente no se puede ofrecer cuotas de probabilidad. Pero eso, no es ningún defecto, pues tampoco en el actuar práctico nos orientamos según cuotas de probabilidad, sino según un conjunto de métodos de experiencia para alcanzar todas las metas posibles⁴²⁸.

Sostiene la autora que con la voluntad de dolo tiene alguna relación, sólo en la medida en que el autor cree voluntariamente un factor necesario para el peligro de dolo reconocido por él. Esta creación voluntaria es la finalidad en el sentido final de la acción⁴²⁹. El dolo del delito no es idéntico a una voluntad del autor en el sentido descriptivo-psicológico, pero está ligado también a la imprudencia (a una voluntad del autor). Por tanto, la creación del peligro de dolo depende de una voluntad real del autor y esta dependencia es reconocida y experimentada por el autor. Si el autor carece de la representación de un peligro de resultado que fundamente el dolo, la voluntad de que se cause el resultado en el sentido natural, es decir la intención, no puede sustituir ése déficit. Ante esta consecuencia de una concepción de dolo como conocimiento se adscribieron incluso algunos autores partidarios de la teoría de la probabilidad⁴³⁰. Constituye una objeción contra una teoría del dolo dado por el conocimiento, la que se puede hacer responsable sólo por imprudencia incluso al autor que actúa intencionalmente, si según su representación, sólo existe una chance muy pequeña de que se realice el tipo. Por tanto, según esta autora no todo comportamiento objetivamente arriesgado sirve para fundamentar una imputación dolosa, y, segundo no hace falta que el autor valore el peligro de la realización típica, sino que basta con que conozca los factores que lo integran⁴³¹.

⁴²⁶ PUPPE, *La distinción...*p.94

⁴²⁷ *Ibidem*

⁴²⁸ PUPPE, *La distinción...* pp. 95-101, ejemplifica a través de sentencias del BGH, los “métodos idóneos” para ser calificados como peligro de dolo.

⁴²⁹ PUPPE, *La distinción...*p.101. Con referencias a trabajos de Niese y Struensee publicados en 1951 y 1987 respectivamente y a Welzel: “quien insistía en la equiparación entre esta finalidad y el dolo”

⁴³⁰ Cfr. PUPPE, *La distinción...*p.102.

⁴³¹ Cfr. PUPPE, *La distinción...*p.104.

Una de las conclusiones más interesantes a las que llega Puppe, es la negación de del dolo en los casos en que la probabilidad objetiva de causación de resultado es mínima, prescindiendo de la voluntad o de los conocimientos del sujeto:

“El infectado con virus VIH que, una única vez y sin protección, mantiene contacto sexual consentido, actúa sin duda desconsideradamente con respecto a la vida de su pareja, pero no aplica un método de homicidio, pues existe la posibilidad de contagio inferior al 2%. Por este motivo, no actúa dolosamente aunque este motivado a actuar por la representación de la posibilidad de infección de su pareja, aunque quiera en un sentido corriente que está comporta su mismo destino”⁴³² El hecho de que la intención psicológica deje de tener sentido en el ámbito de la imputación subjetiva lleva a Puppe a abandonar explícitamente la tradicional clasificación tripartita de dolo⁴³³.

Según sostiene esta autora la principal ventaja de su teoría radica que con ella se consigue una gran uniformidad en la resolución de casos, dejando a un lado los supuestos-límite⁴³⁴. Un punto débil de una perspectiva como ésta se encuentra en el establecimiento de reglas claras para determinar en qué casos un hecho puede valorarse como una “estrategia adecuada”⁴³⁵.

Las críticas que se han hecho a los planteamientos de Puppe en el seno de la doctrina alemana⁴³⁶, se le reprocha a la teoría del peligro del dolo que es “extremadamente injusta” y que contradice el principio de reprochabilidad individual, planteándose la pregunta (a juicio de Puppe retórica) sobre “si un sistema jurídico debería afirmar, sabiendo que el agente carece de conocimiento de riesgo relevante, que él ha actuado dolosamente”. A esta crítica refuta la autora de lo que se trata no es de presumir en el

⁴³² Cfr. PUPPE, *La distinción...*p.107. Entiende que la concurrencia de la intención por parte del sujeto sólo tiene relevancia cuando se plasma en factores objetivos de peligro: “cuando un buen tirador a una distancia media con un arma dirigida dispara contra una persona con la intención de matar, crea un peligro propio de dolo, pero no por sus malas intenciones, sino porque apunta a una zona del cuerpo en la que éste es mortalmente vulnerable” Por el contrario, cuando la intención actúa sobre el peligro inadecuado para conseguir la causación del resultado por mucha voluntad de sentido psicológico-naturalista que concurra en el fuero interno del autor, no puede afirmarse dolo: Cfr. LA MISMA, p.109.

⁴³³ Cfr. PUPPE, *La distinción...*p.138

⁴³⁴ Cfr. PUPPE, *La distinción...*p.140.

⁴³⁵ PUPPE, aplica su teoría en la resolución de diversos casos: por ejemplo, lanzar un cóctel *Molotov* en un espacio cerrado es un método de homicidio que se dirige contra personas o si para éstas resulta difícil la salida del inmueble; cfr. PUPPE, *La distinción...*p.107 y ss. Sin embargo, resulta difícil aportar un catálogo general de reglas que permita valorar todas las conductas humanas como posibles métodos apropiados o de no causación del resultado.

⁴³⁶ Cfr. PUPPE, *La distinción...*pp. 109-110. Con abundantes referencias a los autores que se muestran críticos frente a esta teoría.

autor el conocimiento, que no tuvo para el riesgo relevante para la acción, sino solamente de denegarle la competencia para decidir por sí mismo, de modo jurídicamente vinculante, sobre la relevancia del conocimiento del riesgo para actuar, que él sí tuvo.

Otra objeción viene dada en contra de definir el dolo exclusivamente como representación de un peligro, consiste en que de este modo el dolo de lesión sería idéntico al dolo de puesta en peligro. Al respecto la autora señala que dicha crítica no es válida al menos para la teoría del peligro del dolo, pues el peligro concreto comienza en un nivel mucho más bajo que el peligro de dolo. Un peligro concreto en el sentido de los delitos de puesta en peligro existe ya en cuanto se puede decir que la lesión de un objeto de bien jurídico no está fuera de toda probabilidad. Pero la producción de una situación tal no es un método para lesionar. Aquél que desconsideradamente deja de respetar la prioridad de paso de otro conductor o que, al adelantársele, le corta el paso de tal modo que este tiene que frenar o desviarse, causa un peligro concreto de lesión para su salud y para su vehículo. Pero no aplica un método apto para lesionar la integridad corporal o dañar una cosa, en tanto el otro tenga la chance real de impedir la colisión frenando o desviándose⁴³⁷.

9.1.8.- Valoración Crítica

La principal objeción que merece la tesis de Puppe es la distinción que hace entre “peligro de dolo” y “peligro de imprudencia”; pues es cierto que pueda haber peligros prototípicamente imprudentes, pero resulta difícil de aceptar que haya peligros prototípicamente dolosos⁴³⁸.

Un peligro que Puppe denominaría “de dolo”, esto es, un peligro de entidad considerable, podría fundar tanto un reproche doloso como un reproche imprudente.

En efecto, existen peligros capaces de fundar un reproche doloso que, por sí podrían fundar a su vez un reproche imprudente. Si ocurre esto último y el reproche resultante es doloso, dependerá de otra clase de variantes en las que se incluyen ausencia o

⁴³⁷ Cfr. PUPPE, *La distinción...*p.111.

⁴³⁸ PUPPE, *La distinción...*pp. 88-108.

convergencia de determinados datos psíquicos, pero no expresamente se trate de una característica prototípicamente dolosa de ése peligro, objetivamente considerado por el Derecho. Porque esa misma entidad de peligro, variando las circunstancias psíquicas del autor, bien podría configurar un reproche sólo imprudente.

Aquel peligro que, en cambio es de una entidad menor, excluye toda posibilidad de reproche doloso, por ello hay peligros que son “prototípicamente imprudentes” y no prototípicamente dolosos”. Ello en virtud de dos presupuestos o razones fundamentales; por un lado, porque no deberían inferirse consecuencias conceptuales, comparativas o clasificatorias, existentes entre el dolo y la imprudencia, y otra relacionada con la *ratio legis* del mayor castigo al delito doloso, es decir sólo si el peligro no alcanza una determinada entidad, el hecho solo puede ser pasible de un reproche menos grave.

Algunos ejemplos de peligros de entidad menor que a su vez no superan el límite del riesgo permitido. A nuestro juicio sólo pueden dar lugar a un reproche imprudente; así por ejemplo el caso *Thyrén*, el mal tirador que con un arma de escaso calibre dispara a gran distancia y acierta, definitivamente un supuesto como éste solo puede ser reprochado de imprudente⁴³⁹, o en los casos entorno al contagio de SIDA: si el contacto sexual es vaginal y no violenta, la probabilidad del contagio es ínfima, que no podrá actuar dolosamente quien se proponga lesionar de este modo aunque tenga esa intención: “la decisión consciente de menor agresividad, por malvada que sea, tiene que ser tratada de forma más benigna”⁴⁴⁰.

Sin embargo, habrá casos en los cuales el peligro inherente a la acción, si se trata de una acción intencionalmente dirigida a producir un resultado, tendrá una entidad sólo compatible con el reproche doloso, pues el autor puede conformar las características externas de la acción en función de su intención. PUPPE podría responder a estas objeciones, afirmando que al referirse a peligros prototípicamente dolosos o imprudentes, no pretende sostener que objetivamente *a priori* hay peligros de una u otra clase, sino tan sólo características prototípicas surgen de un análisis *a posteriori* de cada situación de riesgo, casos en los cuales también se toman en consideración los datos

⁴³⁹En este sentido se pronuncia SANCINETTI, *Teoría*, p.208.

⁴⁴⁰SANCINETTI, *Teoría*, pp. 153 y ss.

psíquicos. Sin embargo, ello importaría quitarle sentido y potencia conceptual a la distinción entre peligro de dolo y peligro de imprudencia.

9.1.8.1.- ¿Aparente circularidad en el concepto propuesto?

Puppe habría dejado claro que “dolo” es el conocimiento de una serie de circunstancias, que objetivamente, conforman un peligro de tal entidad y que en virtud de tal conocimiento importa adoptar una estrategia o un medio idóneo para la realización del resultado típico. Tal afirmación, a primera vista, resulta de sumo interés. Sin embargo es de advertir que existe en ella misma cierta circularidad; pues para la comisión de imprudencia, tendría que haber la creación de un peligro que objetivamente, pueda ser idóneo para la realización de un resultado típico: el resultado imprudente. Es decir el dolo es el conocimiento de lo que hace falta para que haya dolo, y la imprudencia es el conocimiento de lo que hace falta para que haya imprudencia.

Además de definir la imprudencia en términos negativos, caracterizándola como el conocimiento de circunstancias que miradas objetivamente no permiten afirmar que el obrar del autor, conforme a ese conocimiento, constituye una estrategia o método idóneo para la realización del resultado típico, pasa por alto no sólo el delito doloso, sino también el imprudente requiere de un comportamiento idóneo para producirlo, sobre cuyas características no nos brinda ningún método.

El único parámetro que nos permitiría hacer una diferenciación sería el grado de probabilidad de realización del peligro, criterio que es aceptado por Puppe como diferenciador, pero que al mismo tiempo parece ser relativizado debido al énfasis que pone la autora en el aspecto cualitativo a la hora de la distinción entre dolo eventual e imprudencia, dado que es consciente que ese carácter cualitativo es incompatible con cualquier propuesta que coloque en el centro de la cuestión de la entidad o probabilidad de realización del peligro⁴⁴¹.

⁴⁴¹PUPPE, *La distinción...*, pp.88-112. La inviabilidad de la distinción cualitativa es reconocida implícitamente por PUPPE, que acude a parámetros comparativos, como el grado de probabilidad, donde afirma que los conceptos basados en cantidades, como “alto”, “bajo”, etc. La autora reconoce también que la distinción entre dolo de lesión y dolo de peligro, ha de llevarse conforme a parámetros cuantitativos-comparativos.

Puppe señala de forma indistinta “método” o “estrategia” idóneos para la producción de resultados. Entendemos que para rechazar la crítica relativa a la definición de imprudencia, que los conceptos “método” y “estrategia” sólo pueden referirse al dolo, pues un resultado imprudente es incompatible con las ideas de método y estrategia, que presuponen una deliberación-ausente de todo supuesto imprudente-en favor de la meta concreta que se persigue.

9.1.9.- La tesis de Pérez Barberá⁴⁴². *Valoración global.*

La tesis de Pérez Barberá se inspira en las teorías que se basan en la “objetivación” del concepto de dolo, introduciendo en él restricciones normativas al conocimiento y la voluntad como puros estados mentales, o en aquellas teorías que partiendo del *dolus indirectus*, afirman que puede existir dolo sin una representación objetiva del sujeto. También en las teorías que brindan preponderancia a la prueba del dolo⁴⁴³, o a la irrupción de la ignorancia deliberada, importada del *common law*⁴⁴⁴. Todas estas teorías tienen en común en restar importancia a los fenómenos psíquicos para definir el dolo o para la determinación del dolo en su aspecto procesal.

La tesis de Pérez Barberá, es una de las más completas en nuestra lengua, en lo que respecta a la reconstrucción histórica de las diferentes teorías aparecidas en Alemania⁴⁴⁵. El autor desarrolla la tesis de Roxin⁴⁴⁶, que afirma, que existe un amplio consenso acerca de la necesidad de perfilar el dolo, a partir de finalidades que se desprenden del Derecho penal, y en concreto con la sanción de los hechos dolosos. En tal sentido, puede afirmarse, que ha quedado a atrás, la búsqueda de un concepto ontológico del dolo, previo al Derecho penal y cuyo concepto la ciencia no puede disponer. Ello ha llevado a cambiar el método, el cual pretende inducir este concepto por medio de la identificación de rasgos comunes de aquellos hechos merecedores de la

⁴⁴²PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal.*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, 842 páginas.

⁴⁴³HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2009. En especial, *Sobre la difícil prueba del dolo*, pp.181-197.

⁴⁴⁴RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *La responsabilidad penal del testarferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, pp. 151-181. En, *Imputación subjetiva*, Ara, Lima, 2012. En especial, sobre la ignorancia deliberada, pp.165-173.

⁴⁴⁵Muestra de ello es la extensión que les dedica, así como la crítica a cada una de ellas. Vid. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.151-631.

⁴⁴⁶ROXIN, *Prólogo*, pp.29-33. En PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*.

pena de dolo, renunciando al método de las teorías volitivas, a través de definiciones apriorísticas de lo que es dolo.

El autor partiendo de esta perspectiva, señala que no existe un dolo, “ajeno” al Derecho penal, sino que todo concepto de dolo es normativo. Afirma: “el dolo es siempre una tarea normativa y, en todo caso, será misión de cada intérprete, determinar la relevancia que en dicha definición deba darse a ciertos estados mentales”⁴⁴⁷. En palabras del autor: “dolo no es propiedad empírica, sino una propiedad normativa, porque es en función de ella que una conducta penalmente relevante se enjuicia como más o menos disvaliosa, y que, además, el autor resulta obligado a actuar conforme a estándares objetivos”⁴⁴⁸.

Una atingencia a la tesis de Pérez Barberá, parte de que en su trabajo de investigación no se llevará a cabo la distinción entre dolo e imprudencia desde la perspectiva de la *ratio legis*⁴⁴⁹, ante todo porque el autor prefiere desarrollar los conceptos-objetos de dolo e imprudencia, así como el metaconcepto de dolo. Queda una cuestión pendiente, respecto cómo opera la ratio del castigo de los hechos dolosos, frente a la mayor peligrosidad de los hechos doloso y las necesidades preventivo-especiales.

La tesis de Pérez Barberá presenta similitudes con el sistema de Jakobs, así considera que todo hecho punible es ante todo comunicación de una regla, quien comete el hecho punible, se aparta de la regla establecida en el tipo penal, siendo necesaria la intervención punitiva, cuando dicho hecho “alcance una determinada intensidad comunicativa”, suficiente para desestabilizar las expectativas de la regla cuestionada⁴⁵⁰.

La mayor o menor intensidad comunicativa, explica la diferencia del tratamiento punitivo entre dolo e imprudencia⁴⁵¹, aun cuando ambas categorías lesionen la misma norma, desde la perspectiva del autor. Aquellas conductas que tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas, si se apartan de una regla jurídico-penal, lo hacen con un efecto comunicativo contrario a ella, pues

⁴⁴⁷PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.817.

⁴⁴⁸Ibid.

⁴⁴⁹Ibid., p.87.

⁴⁵⁰Ibid., pp.127-130.

⁴⁵¹Ibid., p.131.

comunican una toma de postura, que atento a la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la regla⁴⁵². En tales casos, el sujeto, comunica una regla con pretensión de validez contraria a la regla violada. Para corroborar este aserto, el autor ejemplifica, con casos que han sido tradicionalmente abarcados por los conceptos de dolo directo y dolo eventual⁴⁵³.

También considera el autor, que desconocimientos o ausencias de representaciones epistémicamente irracionales, poseen la misma intensidad comunicativa de contrariedad a una regla jurídico penal, esto parte de la necesidad de otorgar un tratamiento equivalente a casos de “ceguera ante los hechos”, donde el sujeto parte de una ignorancia deliberada. En opinión del autor, está orientación arbitraria, grava al sujeto de forma dolosa pese a la amenaza de *poena naturalis*⁴⁵⁴. Esta cuestión de la pena natural marca claramente diferencias respecto al planteamiento de Jakobs⁴⁵⁵, el riesgo de una pena natural explica la menor necesidad de pena forense que suscitan las conductas negligentes, para el autor argentino tal posibilidad no obsta a que determinados hechos puedan considerarse dolosos si concurren los requisitos de esta figura. Otra diferencia parece radicar en el hecho, que al autor, le resulten irrelevantes las razones de ausencia de representación.

El autor define el concepto-objeto de dolo como “reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídica-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea este apartamiento”, por el contrario, la imprudencia es: “reproche objetivo de la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea este apartamiento”⁴⁵⁶ En síntesis, si el sujeto ha tenido la capacidad de prever, y apartarse del hecho, se puede afirmar dolo⁴⁵⁷.

⁴⁵²Ibid., p.133.

⁴⁵³Ibid., pp.134 y ss.

⁴⁵⁴Ibid., pp.139-140.

⁴⁵⁵JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. J Cuello Contreras y J.L. Serrano Gómez de Murillo, 1995, p.313.

⁴⁵⁶Ibid., p. 648.

⁴⁵⁷Ibid., p.674.

De acuerdo a lo expuesto, para Pérez Barberá, la capacidad de evitación o el grado de evitabilidad devienen en conceptos centrales para su tesis⁴⁵⁸. De esta manera, prosigue el autor las definiciones son coherentes con sus puntos de partida sobre el tratamiento punitivo del dolo: “tanto quien actúa conociendo racionalmente como quien lo hace no conociendo irracionalmente se encuentran, objetivamente, en mejores condiciones de poder prever el apartamiento de la regla de quien actúa no conociendo racionalmente o quien lo hace conociendo irracionalmente. Por eso, el primer y segundo supuesto deben calificarse como dolosos y el tercero y el cuarto, a lo sumo, como imprudentes”⁴⁵⁹.

El dolo, dentro del sistema de Pérez Barberá, es un juicio objetivo de reproche o un juicio de valor fundado en un estándar general y referido a un hecho, no a un sujeto⁴⁶⁰; en la entidad de este juicio, los datos psíquicos como el conocimiento y voluntad son sólo indicios de mayor o menor capacidad de prever el apartamiento de una regla infringida a ponderar, con otros indicios, como pueden ser el peligro creado, sus características, o en general, cualquier circunstancia constitutiva de la acción. Esta tesis, sólo en lo que se refiere a este planteamiento, se parece a las de Hassemer o Díaz Pita, los hechos psíquicos son indicadores, de la decisión a favor de la lesión del bien jurídico⁴⁶¹. La gran diferencia estriba en que en la tesis de Pérez Barberá, en que para afirmar el dolo, es necesario que haya una vinculación de carácter psíquico con el hecho, que en algunos casos pueden ser prescindibles, como en los supuestos de ceguera ante los hechos. E inclusive sostiene que algunos datos psíquicos podrán ser relevantes para la culpabilidad que es definida por el autor, como el posicionamiento del autor respecto a lo comunicado por él en su acción⁴⁶². Pérez Barberá, refiere, que el dolo se refiere a un hecho y culpabilidad del sujeto, pero no siempre resulta separar a uno del otro en determinados juicios: después de todo es el hecho el que comunica la contrariedad al Derecho y por ello se aleja de la teoría de la doble posición del dolo⁴⁶³.

⁴⁵⁸En sentido similar. GARCÍA CAVERO, Percy, *La imputación subjetiva en el Derecho penal*, pp.25-28. En *Imputación subjetiva*, AA.VV., Ara, Lima, 2012.

⁴⁵⁹PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.650.

⁴⁶⁰PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...pp.663-664.

⁴⁶¹HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, ADPCP, 1990, p.925. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, p.321.

⁴⁶²PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.683.

⁴⁶³*Ibid.*, p.685.

El autor propone una serie de reglas para la subsunción del dolo: “la subsunción de un caso individual en un caso genérico de dolo”⁴⁶⁴. Dichas reglas se basan en la hipótesis de relevancia según la cual, “respecto de los datos físicos, deben ser considerados todos aquellos que contribuyeron a formar el caso; respecto de datos psíquicos o estados mentales, sólo deben ser considerados aquellos que quepa reputar epistémicamente racionales”⁴⁶⁵. De esta premisa, le siguen dos reglas específicas:

- a) “Para que un dato empírico, psíquico o físico, pueda ser relevante en este contexto, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos, en el grado de probabilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal (...) así por ejemplo, la entidad de peligro inherente a la acción, su inminencia, el hecho que no esté cubierto o asegurado, son datos empíricos que, llegado el caso, pueden influir para determinar la posibilidad de previsión del apartamiento de la regla es privilegiada o atenuada”⁴⁶⁶.
- b) “Si un estado mental es epistémicamente racional, entonces él es relevante y debe tomarse en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad, en el que se funda, el reproche, doloso o imprudente, según sea el caso⁴⁶⁷. Desde esta perspectiva, lo racional o irracional se determina por el criterio según el cual es irracional aquella génesis de un estado mental o explicación de una determinada relación entre sujeto y mundo que supone “una pretensión o manifestación objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistémico que se trate”⁴⁶⁸; no pudiendo identificarse sin más confianza excesiva como confianza irracional⁴⁶⁹.

Lo descrito en los párrafos anteriores, le permite al autor, llegar a una conclusión relevante respecto del dolo: en los casos de riesgos cuantitativamente escasos, no hay dolo por más que haya intención (o cualquier otro estado mental) que el autor ponga de su parte; y a la inversa, en casos de riesgos muy elevados, la ausencia de representación no puede excluir el dolo: “frente a tales niveles de probabilidad o improbabilidad,

⁴⁶⁴Ibid., pp.747-751.

⁴⁶⁵Ibid., p.752.

⁴⁶⁶Ibid., pp.752-754.

⁴⁶⁷Ibid., p.755.

⁴⁶⁸Ibid., p.767.

⁴⁶⁹Ibid., p.758.

pretensiones contrarias a esas prognosis objetivas han de aparecer, forzosamente, como objetivamente extravagantes, aunque, a la vez, sean compatibles con una base epistémica o afectiva individual”⁴⁷⁰, “si, por ejemplo, la entidad del peligro inherente a una acción, que importa la creación de un riesgo no permitido es mínimo o insignificante (=prácticamente probabilidad 0), debe descartarse sin más relevancia la intención del autor de realizar ese peligro, si la entidad del peligro inherente a la acción es elevada (=prácticamente probabilidad 1), debe descartarse sin más falta la intención de realizarlo”⁴⁷¹. Ello permite sostener que en los casos del tirador inexperto o del portador de SIDA que mantiene un contacto sexual sin protección existe únicamente una conducta imprudente; y en cambio, que en casos como la ruleta rusa o de la correa de cuero, las intenciones no importan para afirmar el dolo⁴⁷².

En aras de hacer una valoración global de la tesis de Pérez Barberá, lo anotado en el párrafo anterior, resulta ser el aporte de mayor originalidad en su tesis, sin embargo, también constituye uno de los puntos más críticos o debatibles: en los casos de riesgos escasos donde trasciende la intención del sujeto, ¿no concurre un acto de comunicación propio del dolo?, ¿diría alguien que el tirador ‘inexperto’ ha obrado de forma negligente al apuntar al improbable blanco que acaba acertando?, ¿no cuenta en tales supuestos, el sujeto con una capacidad cualificada de evitación?, ¿no existen en la práctica riesgos elevados y evidentes donde el sentido expresivo del hecho es, pese a todo, propios de la imprudencia?. Los casos que plantea el autor, el caso de la ruleta rusa o el de la correa de cuero, la propia actuación de los sujetos no pone en evidencia lo que están haciendo, y por ello cuentan con una elevada capacidad de evitación del hecho, ¿realmente se pudo expresar lo mismo, de un sujeto, distraído irremediable, que sin advertir numerosos avisos lanza un cigarrillo en un depósito de gas inflamable?

Roxin, en el prólogo, hecho al trabajo de investigación de Pérez Barberá, advierte, que la afirmación de que en los casos llamados de ceguera ante los hechos donde la ignorancia de riesgos elevados y evidentes para cualquier observador medio devendrían en dolosos⁴⁷³. Es cierto que en los últimos años se han elaborado propuestas teóricas que existen supuestos en que la falta de representación, no excluye el dolo, pero para ello es

⁴⁷⁰Ibid., pp.768-769.

⁴⁷¹Ibid., p.769.

⁴⁷²Ibid., p.774-791.

⁴⁷³Ibid., p.33.

necesario que la falta de representación se explique a través de la indiferencia hacia el objeto lesionado, como lo sostiene Jakobs, o la búsqueda intencionada de este estado de desconocimiento, en la teoría angloamericana de la *willful blindness*⁴⁷⁴. Lo que sucede, en este grupo de casos, es que el déficit de representación se ve compensado por una determinada motivación especialmente disvaliosa que justifica el tratamiento más severo; en cambio en los casos de “ceguera”, si no es la falta de interés, sino un descuido gravísimo que genera un riesgo elevado, entonces corresponde fundar el dolo.

En la tesis de Pérez Barberá, no queda del todo claro cuál es su propuesta para la ignorancia deliberada: por un lado, la idea de desvincular el dolo con los hechos psíquicos resulta una base teórica idónea para sostener la posible equiparación de estas situaciones, o alguno de ellas, con el dolo⁴⁷⁵. Sin embargo, cuando el autor alude a la cuestión, distingue tres posibles situaciones con diversas respuestas⁴⁷⁶: 1) en los casos de completa falta de representación, argumenta que “no es inimaginable una deliberación para ignorar”; 2) si el sujeto cuenta con algo de representación de conductas típicas indeterminadas a su juicio es correcto que no se impute dolo; 3) si hay algo de representación de una conducta típica indeterminada, ya existirá dolo o imprudencia en sentido clásico, por lo que la categoría es superflua. Sobre la propuesta del caso 2, cuando de manera evidente, concurre una capacidad privilegiada de evitación del hecho en el que se basa el tratamiento jurídico de los hechos dolosos, por ejemplo, el testaferro que acepta administrar formalmente cientos de sociedades de las que ni siquiera recuerda el nombre, pero de las que se representa que pueden ser utilizadas por verdaderos administradores para cometer conductas ilícitas indeterminadas, está en una condición privilegiada para evitar su acto de cooperación en los delitos que a través de dichas sociedades puedan cometerse por quienes realmente lo controlan⁴⁷⁷.

Respecto a la prueba del dolo para afirmar la concurrencia del dolo, desde la perspectiva antes enunciada, capacidad de evitación del resultado lesivo, el juez está obligado a

⁴⁷⁴ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, pp. 151-181. En, *Imputación subjetiva*, Ara, Lima, 2012. En especial, sobre la ignorancia deliberada, pp.165-173.

⁴⁷⁵ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...p.791.

⁴⁷⁶ Ibid., pp.798-799.

⁴⁷⁷ Ejemplo tomado de RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, pp. 151-181. En, *Imputación subjetiva*, Ara, Lima, 2012. En especial, sobre la ignorancia deliberada, pp.165-173.

valorar cualquier medio que pueda resultar significativo para detectar los correspondientes indicadores, entre ellos, unos fenómenos psíquicos, que son de carácter disposicional, y aun no siendo observables, son el resultado de un procedimiento de atribución empírica en que el juez pueda recurrir a cualquier disciplina científica, y en qué en todo caso, todo dato empírico sea este psíquico, físico, es potencialmente relevante⁴⁷⁸.

Pérez Barberá, es de la opinión que los datos psíquicos en el proceso penal se atribuyen como resultado de un juicio empírico, y no como consecuencia de una adscripción normativa, empero, reconoce que la formulación teórica de una serie de criterios de racionalidad a respetar por el juez en el momento de pronunciarse sobre la concurrencia o no, de los estados mentales⁴⁷⁹. Una teoría sobre qué medios probatorios, y, más en concreto, sobre qué indicios, deben ser tenidos en cuenta en el proceso penal a la hora de afirmar o rechazar que alguien ha actuado con determinados conocimientos o intenciones. De esta manera concluye el autor, afirmando, la decisión sobre qué debe tener en cuenta, y que no, el juez en el momento de considerar probados hechos psíquicos es también una cuestión sobre la cual la ciencia penal debe pronunciarse⁴⁸⁰.

En las páginas finales del libro, concluye el autor: “para una postura que entiende que la afirmación del dolo se basa en un juicio objetivo no tiene ya ningún sentido la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo o imputación objetiva e imputación subjetiva. En el trabajo se propone sustituir esta tradicional partición por la que distingue, tipo de explicación y tipo de imputación, el primero consiste en la selección de los datos empíricos relevantes para explicar el suceso y el segundo conformado por los criterios de dolo y culpa, que permiten atribuir un suceso determinado a un determinado individuo. Se trata, en todo caso, de una propuesta que excede los límites de la investigación, y que Pérez Barberá, apunta⁴⁸¹.

10.1.- Teorías integradoras

⁴⁷⁸PÉREZ BARBERÁ, El dolo eventual...pp.732, 750.

⁴⁷⁹Ibid., p.744.

⁴⁸⁰Ibid., pp.708 y ss.

⁴⁸¹Ibid., pp.813-814.

Bajo este rótulo se consignan las teorías de aquellos autores que sostienen que no es posible brindar un concepto de dolo si sus características se reducen a uno o dos elementos: sólo conocimiento, o solo conocimiento y voluntad. Según esta opinión, otros datos psíquicos como la indiferencia ante la realización del tipo, el representarse a éste como probable, son criterios esenciales para lograr una correcta definición.

Sus tesis pueden ser calificadas como integradoras, pues tratan de superar los defectos de las tesis “unicistas”, más allá que los matices de estas tesis se acerquen más a criterios materiales o procesales.

10.1.1.- La tesis de Prittwitz⁴⁸²

El autor reseñado entiende que la principal dificultad reside, en que la mayoría de estas teorías, también en la jurisprudencia, se conforman con lograr una delimitación jurídico material entre dolo e imprudencia, descuidando en cambio casi completamente, de qué forma pueden ser utilizadas procesalmente. Esta es la razón por la cual la ciencia penal alemana elabora distinciones conceptuales cada vez más sutiles, sin embargo no se plantea los problemas de aplicabilidad de los enunciados, por ello es que algunos conceptos pueden perder legitimación o en el peor de las cosas carecerán de fuerza de convicción.

Cualquier toma de postura acerca de la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia debe ocuparse forzosamente de dos cuestiones fundamentales: por un lado, tiene que determinar, en qué reside el núcleo conceptual en que se funda la delimitación y, dentro de ello qué papel le corresponde al elemento volitivo; pero además debe establecer, por otro lado, si el dolo es algo comprobable (probado) o si él debe ser imputado al autor. En esta segunda cuestión se aborda en toda su dimensión el problema de la prueba.

Con respecto a la primera cuestión, según la opinión del autor, no se puede renunciar al elemento volitivo, pero advierte que esa volición no consiste en un “querer” o en un “desear”, sino en una determinada actitud interna respecto a la realización típica.

⁴⁸²FEIJÓO, *El dolo eventual...* pp.116-142., comparte los fundamentos de las tesis integradoras, son especialmente ricas en información las notas a pie de página donde se describe la tesis de PRITTWITZ.

Respecto a la segunda cuestión, según el autor, el dolo no se comprueba sino que se imputa. Aclaradas estas dos cuestiones fundamentales, el autor describe su denominada: “teoría en base a indicios orientada procesalmente”, en donde enfatiza la dificultad de probanza de los elementos subjetivos del hecho, los cuales no deben ser negados, sino antes bien integradas al concepto material de dolo. Y para llevar con éxito esta integración es necesario apoyarse en cada una de las teorías que se han dado para la distinción entre ambas categorías. Pues, a criterio del autor, todas las teorías del dolo tienen no un criterio conceptual excluyente, sino un indicio relevante de la prueba del dolo. Así las cosas, la entidad del riesgo no sólo tiene importancia para la imputación objetiva, sino también para el nivel de la imputación subjetiva, pues lo cierto es que la aceptación de un riesgo de escasa entidad, sea por la muy baja probabilidad de su realización o por el daño insignificante que este produce, puede y debe ser imputado a título de imprudencia y no de dolo.

Prittwitz, señala los siguientes indicadores: la probabilidad de la realización del riesgo, en contraposición, del peligro inherente en la acción del autor para el bien jurídico; también es un indicador fiable, la teoría de la aprobación o del consentimiento, dado que esta es un indicio fiable, para tomar en cuenta el rechazo interno que le produce al autor la realización típica del resultado; y finalmente los criterios de la existencia de una voluntad de evitación, y el hecho de que el peligro pueda ser calificado como cubierto o descubierto. Todas estas circunstancias pueden ser utilizadas como indicios siempre que se les contraponga con otros datos indiciarios⁴⁸³.

10.1.2.-La tesis de Philipps

Objeta este autor el esquema tradicional “objetivo de la acción- medios-consecuencias concomitantes”, reformula para ello, el contenido de acción entendida como: “decisión entre alternativas de comportamiento”. La razón por lo cual hace esta reformulación es explicada del siguiente modo: “se ha de interpretar esa relación intencional del sujeto hacia el resultado como un componente más de la situación global de decisión con todos los aspectos fácticos y normativos, situación en la que se encuadra la determinación que el sujeto adopta de llevar a cabo la acción”⁴⁸⁴.

⁴⁸³FEIJÓO, *El dolo eventual...*pp.134-142.

⁴⁸⁴ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.199.

El punto de partida de esta teoría es el de la sustitución del inoperante modelo de acción: “objetivo de la acción-medios empleados-consecuencias concomitantes” y el rechazo estricto al elemento volitivo, es decir, a la relación intencional entre el sujeto y el resultado delictivo, como paradigma delimitador entre dolo eventual e imprudencia consciente. Si utilizamos de forma exclusiva la relación intencional entre el sujeto y el resultado delictivo como criterio calificador de un hecho doloso, nos encontraremos ante casos en los que el carácter delictivo de la motivación que lleva al sujeto a actuar no es tan claramente aprehensible y susceptible de valoración como en aquellas acciones dirigidas de modo inmediato y agresivo a la lesión de un bien jurídico protegido. Por ejemplo, en un homicidio cometido con dolo directo o de primer grado, el sujeto persigue directamente la muerte de su víctima: objetivo de la acción y el resultado coinciden; la relación intencional del sujeto respecto a la muerte es clara y no plantea ningún problema castigar dicha acción con la pena prevista para el homicidio doloso.

En una apuesta aceptada para conducir por el carril contrario de una autopista, con el compromiso de no apartarse si se encuentra un coche de cara, la muerte del ocupante de dicho automóvil como resultado de la acción, no coincide con el objetivo buscado por el que acepta la apuesta; su relación intencional respecto de este resultado muerte no presenta la claridad del caso anterior, es en estos casos donde se problematizan las diferencias entre el dolo y la imprudencia. La inclusión en uno u otro grupo condiciona no sólo la gravedad a imponer sino, incluso (lo que es aún más grave), la propia aplicación de la misma.

El criterio volitivo, interpretado como relación intencional entre el sujeto y el resultado lesivo, se muestra como insuficiente en los casos límite, es decir, en aquellos supuestos en los que se da la posibilidad y no la certeza de que el resultado se produzca, pero en lo que a la vez, el sujeto espera que no se produzcan: “En este punto se plantea con frecuencia la duda, de qué es lo que en verdad el sujeto consciente quiso: ¿cómo averiguar su voluntad”⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...* p.200.

Según este autor, la teoría del consentimiento carece de consistencia: “los defensores de estas teorías no prueban de modo positivo la existencia del consentimiento por parte del sujeto, sino que siguen en un proceso de exclusión hasta llegar a la siguiente decisión: los casos en lo que resultado puede ser no querido, desde la perspectiva de la motivación del sujeto, quedan excluidos del ámbito de lo previsible. En los demás casos, se acepta la concurrencia del dolo eventual”. Es decir para los partidarios de la teoría del consentimiento, habrá dolo sólo cuando el objetivo de la acción del sujeto y el resultado lesivo producido coinciden; si, por el contrario, esta coincidencia no se produce, el sujeto se encontrará ante un resultado que escapa de lo previsible y, por tanto, queda excluida la calificación como hecho doloso.

La inconsistencia de la teoría del consentimiento se muestra insuficiente en aquellos supuestos de casos en los que el objetivo inmediato al que se dirige la acción se ve frustrado por la producción del resultado delictivo. Por ejemplo: A rodea con sus manos el cuello de B para obligar a éste a proporcionarle una información; B muere estrangulado. La muerte de B era no querida por A, puesto que el fin inmediato era la obtención de la información, fin que queda frustrado por la producción del resultado no deseado. ¿Podemos afirmar, sin embargo, que la muerte de B, aun no siendo deseada por A, era previsible? ¿Es la acción de A una acción imprudente?

El problema se anida, según Philipps, en la utilización de un modelo insuficiente de acción: “objetivo de la acción-medios-consecuencias concomitantes”. Y esto, porque el hecho de que el resultado delictivo suponga un fracaso del objetivo perseguido por el sujeto (y, por tanto, según los defensores de la teoría del consentimiento, no querido por él, es decir, no doloso), no puede bastar para justificar la atenuación de la responsabilidad del mismo que supondría calificar el hecho como imprudente en lugar de doloso. La relación intencional del sujeto respecto al resultado como criterio de delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, al calificar de imprudentes aquellos supuestos en los que el sujeto no desea la producción del resultado, espere o no la exclusión del mismo, y aun así actúe. Y ello, porque el resultado no corresponde al objetivo al que el sujeto realmente aspira. Sin embargo, “el decidirse a realizar la acción que puede llevar aparejada la lesión de un bien jurídico,

puede haber sido considerado, de tal manera que el resultado aparezca como la consecuencia de un comportamiento racional”⁴⁸⁶.

Según la concepción de las teorías tradicionales de delimitación entre ambas figuras, la inclusión de un comportamiento a una u otra categoría depende de la actitud del sujeto ante el peligro que lleva implícita la acción por él realizada para alcanzar su particular objetivo propuesto. Y ello puede ser predicado tanto de las teorías volitivas como cognitivas⁴⁸⁷.

La relación intencional del sujeto agente hacia la consecución del posible resultado, su voluntad, su actitud interna, resulta ser un criterio demasiado estrecho para poder calificar una conducta como dolosa o imprudente. Sólo con el abandono del esquema tradicional de acción y el rechazo de ese criterio podremos avanzar en la búsqueda de un paradigma delimitador que nos proporcione un menor margen de error. Para ello Philipps, propone un nuevo esquema de acción entendido como la consecuencia de una alternativa de comportamientos: “Un sujeto se encuentra en una situación dada en la cual se encuentra entre varias alternativas de comportamiento, de las cuales, a su vez, se derivarían una serie de consecuencias. Estas consecuencias se pueden clasificar siguiendo un orden de valores. Además, debemos contar con unas reglas determinadas que manifiesten la posición del sujeto agente respecto al riesgo para el bien jurídico amenazado, puesto que algunas de las citadas consecuencias no pueden ser previstas

⁴⁸⁶ Para ilustrar de una mejor manera la propuesta de PHILIPPS, es preciso recurrir al ejemplo de los mendigos rusos: “Unos mendigos mutilan a unos niños para mejor llamar la caridad, y a consecuencia de la mutilación mueren algunos, a pesar de lo cual repiten las mutilaciones y muere otro niño”. El objetivo de los mendigos rusos fracasará en el supuesto que otro niño se les muera. Y también, es cierto que los mendigos rusos no se representan el resultado unido a la mutilación. A pesar de ello, y en opinión de PHILIPPS, al decidirse a realizar la lesión puede haber sido considerado el resultado lesivo, de manera tal que el resultado no deseado aparezca como la consecuencia de un comportamiento racional. No hay que partir, de faz de comprender este ejemplo de la siguiente manera: “Si la muerte que-en el momento de mutilar- nos parece posible, fuese una consecuencia segura de la acción, se abstendrían de actuar” sino de otro planteamiento: “Vamos a actuar-se dicen para sí los mendigos- de modo que tengamos que lamentar el daño posible. Desde luego puede ser que nuestro plan fracase, si el niño muere; la posibilidad que esto ocurra es difícil de ser estimable. Pero en caso de que salga bien nuestra ganancia será mayor que la pérdida, en el supuesto de que nuestro plan falle”. El sujeto no parte, según PHILIPPS, de especulaciones ficticias como la primera, sino que acepta la incertidumbre de la situación, y la racionalidad de su comportamiento, reside, en intentar lo mejor para sí. PHILIPPS va aún más allá en su interpretación de los ejemplos de los mendigos: “El sujeto puede incluso, intentar evitar el fracaso objetivo de su plan llevando a la práctica una estrategia más amplia: los mendigos compran muchas víctimas haciendo la siguiente consideración: “Incluso uno de cada dos niños mueran-y, según nuestra experiencia, no serán más-aún obtendremos ganancia”. En su plan, por lo tanto, la muerte de, por lo menos un niño, está prevista. Pero en cada caso en particular, este resultado no es querido y pondrán en ello todo su empeño para que esto no ocurra” En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.202/nota 134.

⁴⁸⁷ Los defectos de las teorías cognitivas son criticados por HASSEMER, *Los elementos...*p.922.

con completa seguridad, sino sólo como de posible producción o con un cierto grado de probabilidad”⁴⁸⁸.

El comportamiento del sujeto se interpreta como una elección entre diversas alternativas, un comportamiento que no se agota en la realización de un solo acto, sino que se sitúa en el contexto de las demás alternativas que no han sido ejecutadas. Esta elección se rige por la escala de valores y la posición del sujeto frente al riesgo para el bien jurídico amenazado. Su valoración y su crítica se realizarán en base al orden de valores y las máximas de riesgo. Por tanto, un comportamiento se podrá enjuiciar según el orden de valores y las máximas de riesgo, o de acuerdo a lo prescrito por el ordenamiento jurídico.

El primer presupuesto para la imputación dolosa está constituido por una situación en la que el sujeto puede elegir entre varias opciones o alternativas. Esta elección se basará en un orden de valores o máximas de riesgo, las cuales nos darán la medida para evaluar correctamente el comportamiento del sujeto en cuestión. Este esquema se reproduce en todos los ámbitos de la vida y según el rol de cada persona y la regulación de cada rol, se juzgará si un sujeto actuó o no con corrección. En nuestro caso, el orden de valores a seguir y las máximas de riesgo a las que acudir no son otras que los contenidos de las normas penales. La valoración de un comportamiento de un sujeto habrá de ser enjuiciada en base a las prescripciones contenidas en el ordenamiento jurídico-penal. Por otra parte, no hay que olvidar que los comportamientos humanos no se dirigen a ciegas hacia la consecución de un objetivo, de manera que un posible fracaso del fin al que aspira y a las consecuencias de ello derivadas forman siempre parte del comportamiento como una posibilidad actual.

Partiendo de todos estos presupuestos, Philipps, define al dolo eventual como: “se da dolo cuando el sujeto se decide conscientemente por un comportamiento incompatible con el ordenamiento jurídico. Se da dolo eventual cuando el sujeto se decide conscientemente por un comportamiento incompatible con las máximas de riesgo vigentes en el ordenamiento jurídico-penal”⁴⁸⁹. El dolo se basa en tres presupuestos fundamentales:

⁴⁸⁸ En DÍAZ PITA, El dolo eventual...p.204.

⁴⁸⁹ En DÍAZ PITA, El dolo eventual...p.205.

- La decisión entre distintas alternativas.
- Las máximas de riesgo contenidas en el ordenamiento jurídico penal por las que ha de regirse el sujeto.
- La consciencia del sujeto de todas las alternativas posibles.

Si algunos de estos presupuestos no convergen se dará por excluido el dolo. Admite el autor, la equiparación del dolo eventual con la previsión de la producción del resultado, sólo en aquellos supuestos en los cuales se dan presupuestos fácticos y normativos que indican que el sujeto se encontraba en una situación en la que podía decidir entre varias alternativas de comportamiento en el momento de llevar a cabo la acción. Estas pautas analíticas, en un primer momento estarán a cargo del sujeto agente y en un momento ulterior a cargo del juez. Philipps propone el siguiente ejemplo:

“La imputación a título de dolo eventual de la muerte de un paciente a un médico que llevo a cabo una operación arriesgada depende, en primer lugar, de si las distintas posibilidades de tratamiento del paciente y las previsiones de éxito de cada una de ellas estaban claras para el médico. Si este se decide por la utilización de un método porque, por ejemplo, resulta más lucrativo, o porque así puede ejercitar una determinada técnica, habrá actuado dolosamente, pues habrá aceptado un riesgo para un bien jurídico atendiendo a valoraciones que, según nuestro ordenamiento jurídico, no justifican tal riesgo. Si, por el contrario, la operación estuviera objetivamente justificada (en el sentido de que era objetivamente adecuada para el tratamiento del paciente), la motivación psicológica del médico es indiferente y este quedaría libre de reproche”⁴⁹⁰.

La última cuestión que se plantea es la siguiente: ¿qué ocurre, cuándo el sujeto no era consciente, o sólo era parcialmente, de las distintas formas de comportamiento? En estos supuestos, se ha de acudir a lo que Philipps denomina “predecisión” a recabar información, información que puede referirse a normas jurídicas y reglas de la “lex artis” o a preparar diversas modalidades de reacción para el caso de que la acción por él emprendida no se desarrolle de modo favorable, entonces estará actuando dolosamente. Si, por el contrario y volviendo al ejemplo del médico, éste abandona sus conocimientos

⁴⁹⁰ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.206.

a la rutina de su profesión o si no tuvo tiempo de analizar su comportamiento en el caso concreto (por ejemplo, en el caso de catástrofes, entonces habrá actuado de manera imprudente.

10.1.3.- La tesis de Schroth

Antes de pasar revista a la tesis de Schroth concebida como: “asunción de las condiciones constitutivas del injusto”. Se hace necesario contextualizarla dentro del ámbito de otras teorías. Al igual que Hassemer, parte este autor, desde una perspectiva normativa en lo que se refiere al dolo eventual. Su teoría se encuadra, al igual que la de Hassemer, en una tendencia que reconoce al dolo, como entidad empírica a investigar.

Acorde con esta perspectiva “(...) si alguien ha actuado de forma dolosa o imprudente no constituye un juicio teórico, sino un juicio práctico. Estas respuestas no se refieren a la cuestión de cómo hemos de interpretar adecuada y mesuradamente el comportamiento de nuestros conciudadanos”⁴⁹¹. Dolo eventual e imprudencia consciente no constituyen, pues, realidades específicas susceptibles de investigación y de constatación empírica. Ambas figuras son formas de imputación con ayuda de las cuales se atribuye a un sujeto una responsabilidad determinada⁴⁹².

En consecuencia el punto de partida que se plantea Schroth al igual que Hassemer, parte de la siguiente cuestión: ¿Por qué merece más pena el dolo que la imprudencia?⁴⁹³. Para esta cuestión se han ofrecido variadas respuestas, como por ejemplo, el mayor efecto de contagio que los hechos dolosos producen en el resto de miembros de la sociedad⁴⁹⁴. Una comprensión del dolo eventual adecuada a esta proposición, deberá en consecuencia, valorar como dolosas aquellas disposiciones a actuar en las que se registre mayor efecto de contagio. Esta tesis se torna insuficiente dado que no existe un instrumento mensurable que nos permita dilucidar de forma clara, el grado mediante el cual una disposición puede resultar más o menos contagiosa para el resto de la comunidad. Cualquier teoría delimitadora del dolo eventual y la imprudencia

⁴⁹¹ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.208.

⁴⁹² HASSEMER, *Los elementos...*p.917.

⁴⁹³ HASSEMER, *Los elementos...*p.917 y ss.

⁴⁹⁴ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.209.

consciente, que estuviera basada en estos presupuestos, sería especulativa en detrimento de patrones más seguros.

Para Schroth, la diferente amenaza de pena prevista para los hechos dolosos y los imprudentes sólo puede explicarse a partir de las expectativas que el Derecho penal dirige al sujeto que actúa de forma dolosa frente al que lo hace de manera imprudente. Así el sujeto que actúa de forma imprudente, se espera que en el futuro actúe con mayor cuidado, atendiendo a lo que Schroth denomina: “reciprocidad de la perspectiva”. De aquél que actúe consciente de lo que hace y lesiona el interés de otro penalmente protegido, se espera algo más: se espera que renueve la relación normativa hacia los intereses ajenos, se espera un “giro normativo”⁴⁹⁵. Esta exigencia procede del legislador, razón por la cual incrimina los delitos dolosos con una mayor penalidad.

Sentadas las coincidencias entre las tesis de Hassemer y Schroth (desde consideraciones político criminales). El autor utiliza el término “negación” de los bienes jurídicos ajenos protegidos por un tipo penal. “Una negación de este tipo se da exactamente cuando un sujeto se ha decidido en contra de los bienes jurídicos en forma precisa en que aparecen protegidos en un tipo penal, en el sentido en que ha asumido las condiciones constitutivas del injusto”⁴⁹⁶. Este es el punto central de la tesis de Schroth: la asunción de las condiciones constitutivas del injusto. Dicha decisión, la considera como contraria a los bienes jurídicos, por ser contraria a lo que un tipo penal determinado prescribe. La negación de los bienes jurídicos en la forma en que estos aparecen protegidos por un tipo penal, equivale a la afirmación de que el sujeto agente ha asumido las condiciones constitutivas del injusto. Las distintas clases de dolo, revelan tres formas distintas en que un individuo puede asumir las condiciones constitutivas del injusto. Los elementos constitutivos del injusto constituyen, en el caso del dolo directo o de primer grado, la motivación del sujeto, las asume desde un ángulo volitivo. Afirmar que las condiciones constitutivas del injusto constituyen la motivación del sujeto, no significa en el lenguaje de Schroth, que aquéllas sean necesariamente el objetivo final al que aspira el sujeto. Motivo, para este autor no significa más que: “la situación final a la que el sujeto aspira en el marco de una determinada relación individuo-medio que lo rodea”⁴⁹⁷. Ello

⁴⁹⁵ HASSEMER, *Los elementos...*p.917.

⁴⁹⁶ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.211.

⁴⁹⁷ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.212.

conlleve a interpretar como motivo todo aquello, bien sea el objetivo final, o una meta intermedia, que conduzca al sujeto a la situación final a la que aspira. Así, si se afirma que un sujeto está motivado por una circunstancia determinada estamos explicando la situación de dicho sujeto, en relación con aquella circunstancia, que opera de modo teleológico: la acción del sujeto se interpreta partiendo de los objetivos que él mismo se impone y de este modo podemos afirmar que dicho sujeto ha puesto los medios, o sea, la acción, para alcanzar dicha circunstancia. Las interpretaciones de una acción desde una perspectiva intencional, sólo pueden ser tales, cuando desde el punto de vista del sujeto agente, no había diferentes alternativas de comportamiento entre las que podía elegir. Desde el momento en el que existan varias alternativas de comportamiento, las interpretaciones de carácter intencional fracasan⁴⁹⁸. En el caso del dolo eventual, el sujeto se encuentra frente a una situación en la que sabe del riesgo de producción de las condiciones constitutivas del injusto pero no quiere su materialización. Entonces, para el dolo eventual, se hace necesario determinar en qué caso existe ése riesgo, conocido por el sujeto, de que las condiciones constitutivas del injusto se produzcan, hecho que el sujeto no quiere que acaezca, se puede afirmar, sin embargo, que el sujeto ha asumido las condiciones constitutivas del injusto. Para responder a esta cuestión Schroth, no acude a componentes emotivos ni a grados de posibilidad de producción del resultado no querido sino al tratamiento psíquico que el sujeto realiza. Este tratamiento psíquico del riesgo por parte del sujeto, servirá como “indicador”, para saber si el sujeto actuó asumiendo las condiciones constitutivas del injusto: si era evidente para el sujeto la producción de las condiciones constitutivas del injusto, si dicha producción la interpretó el sujeto, como inminente, entonces dicho sujeto las habrá asumido y, por tanto, habrá actuado con dolo eventual⁴⁹⁹. Así, por ejemplo, en los delitos de resultado, el sujeto debe haber interpretado la lesión del bien jurídico de que se trate como de inminente producción, puesto que dicha lesión es una condición constitutiva del injusto.

Para esclarecer la tesis de Schroth, se hace preciso delinear, qué entiende por asunción de las condiciones constitutivas del injusto. Schroth, hace una relación de equivalencia entre las condiciones constitutivas del injusto y la negación de los intereses ajenos que

⁴⁹⁸ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.212.

⁴⁹⁹ Según Díaz Pita, debe entenderse por: “tratamiento psíquico del riesgo” como aprehensión de dicho riesgo como inminente para el bien jurídico. Continúa, éste carácter inminente del riesgo en Schroth, guarda similitudes con los así llamados “riesgos concretos” que predicen autores como Philipps y Frisch. En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.213/nota 155.

el sujeto expresa a través de su accionar, accionar que es producto de la decisión del mismo en contra de los bienes jurídicos que el ordenamiento penal considera merecedores de una especial protección, decisión que se pone en práctica en la forma en que dichos bienes aparecen protegidos en un tipo penal.

La cuestión a dilucidar es cuándo el sujeto actúo sin haber asumido las condiciones constitutivas del injusto. Schroth, nos pone como ejemplo, cuatro casos en los que el sujeto no asumió las condiciones constitutivas del injusto:

- a) Supuesto de casos en los que el sujeto reprime en su consciencia el riesgo para el bien jurídico afectado.

“No se puede partir de una asunción de las condiciones constitutivas del injusto cuando el sujeto reprime, en la orientación de su acción, los elementos de riesgo que su actuar supone para la producción de dichas condiciones”⁵⁰⁰.

Esta afirmación conforma, de manera precisa, el núcleo esencial de las tesis que defienden como imprudentes aquellas acciones en las que el sujeto “tomo a la ligera” o no “tomo en serio” el peligro existente para el bien jurídico. El autor califica como correctas estas tesis, puesto que un sujeto que, a pesar de apreciar el peligro de posible lesión para un bien jurídico, no lo toma en serio y actúa, no ha asumido las condiciones constitutivas del injusto puesto que las mismas no se hallaban presentes como “contramotivos” que le impidieran actuar.

- b) Supuestos de casos en los que se dan intentos serios por parte del sujeto para evitar el resultado lesivo.

“Si partimos de la premisa de que la asunción de las condiciones constitutivas del injusto constituyen la base de la imputación a título de dolo eventual, en los casos en los que se den intentos serios de evitación de la producción de tales condiciones, dicha imputación deberá quedar excluida”⁵⁰¹.

En el marco de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, es legítimo que se tenga en consideración los intentos tendentes a evitar la producción del resultado lesivo, estos intentos de evitación recibirán las penas correspondientes a los delitos imprudentes.

⁵⁰⁰ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.215.

⁵⁰¹En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.215.

- c) Supuestos de casos en los que el sujeto confía seriamente en la evitación, del resultado por parte de un tercero o de la propia víctima.

“Lo mismo se puede predicar de los casos en los que el sujeto parte seriamente en que será un tercero o la propia víctima los que impedirán la producción de las condiciones constitutivas del injusto”⁵⁰².

Para Schroth tales supuestos se pueden entender del siguiente modo: en primer lugar, no existe razón alguna, desde un punto de vista en estricto normativo, que fundamente una diferencia entre ambos casos. Es decir, desde una perspectiva valorativa, merecen el mismo tratamiento aquel sujeto que emprende por sí mismo acciones orientadas a evitar la producción de un resultado lesivo que aquél no las pone en marcha por creer que un tercero o la víctima se encargará de ello.

En segundo lugar, en este tipo de supuestos, no se puede afirmar, que el sujeto ha asumido las condiciones constitutivas del injusto, condición indispensable en la tesis de Schroth para la imputación a título de dolo eventual. En estos casos, la pena a imponer será la prevista para los delitos imprudentes.

- d) Supuestos de casos en los que el sujeto actúa de forma arriesgada a favor del bien jurídico en cuestión.

“No se puede hablar de asunción de las condiciones constitutivas del injusto cuando el sujeto actúa de manera arriesgada a favor del titular de un bien jurídico”⁵⁰³.

Para este último supuesto. Schroth propone el siguiente ejemplo: “Un médico que, para salvar la vida de su paciente, opera siguiendo directrices de la “*lex artis*” y ve que dicha operación es la única posibilidad que existe para su salvación no habrá actuado con dolo de matar aun cuando tome en serio la posibilidad de la muerte del paciente en el transcurso de la operación. La voluntad calculada o dirigida a la salvación del bien jurídico compensa una tendencia negativa a actuar que conlleve la producción del resultado letal. Incluso en los casos en que el médico no haya explicado detalladamente al paciente los riesgos que para su vida implicaba la operación, no se podrá hablar de

⁵⁰² En DÍAZ PITA, *El dolo eventual*...p.216.

⁵⁰³ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual*...p.217.

homicidio doloso si el fatal desenlace se produce, puesto que, el sujeto, o sea, el médico, no asumió la lesión como tal” (SCHROTH)⁵⁰⁴. Es decir, falta aquí la asunción como tal de una de las condiciones constitutivas del injusto en un delito de resultado: la lesión del bien jurídico; en este caso, la hipotética muerte del paciente no es asumida por el médico, como una agresión al bien jurídico “vida” o “integridad física” de su paciente, sino como posible consecuencia que lleva unida a su acción, acción que es asumida y puesta en marcha por el sujeto como un intento de salvación del mismo.

10.1.4.- Valoración crítica

Las tesis de Prittwitz, Philipps, y Schroth tienen un punto de convergencia, que es además lo que las torna interesantes, todos los criterios dados por la teoría del dolo son usados como indicadores relevantes para la prueba del dolo, y no son tomadas como definiciones de la categoría de dolo eventual. Las características objetivas del peligro creado, la existencia o inexistencia de una voluntad de evitación, la aprobación de la consecuencia típica, la existencia de voluntad de realización de la consecuencia típica e incluso la representación o falta de representación de esa consecuencia son nada más que indicadores empíricos que pueden contribuir a la prueba del dolo, pero no son el dolo, ni el no-dolo.

Lo que hacen estas teorías es, desacralizar las diferentes teorías del dolo eventual, usando indistintamente uno u otro criterio, todos estos criterios no conforman más que datos empíricos que han de ser relevantes para la aplicación de un concepto normativo, que aún no ha sido definido por la doctrina.

Uno de los problemas de la tesis de los autores reseñados, es que utilizan como las teorías más tradicionales de la doctrina y la jurisprudencia, según las cuales dolo es conocimiento más voluntad, y de esta manera no advierten que tanto conocimiento como voluntad son datos empíricos de un concepto de dolo que aún falta definir.

Por no asumir de plano ser una teoría de carácter procesal, presentan una teoría de prueba incompleta e insuficiente. Esto se hace evidente si se comparan estas tesis: la de Prittwitz, Philipps, e incluso la de Hassemer, con una auténtica teoría acerca de los problemas probatorios como la desarrollada, por Ragués i Vallés.

⁵⁰⁴ En DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*p.218.

11.1.- Las teorías de índole procesal

11.1.1.- La tesis de Hruschka⁵⁰⁵. *El dolo como juicio adscriptivo*.

Hruschka, considera que la doctrina procesalista, viene entendiendo de manera errónea, al dolo como un hecho, o bien un conglomerado de hechos, a pesar de que los distingue entre hechos internos y externos, aprehensibles a través de los sentidos; pero, de todas formas los considera hechos y procesalmente los trata como tales⁵⁰⁶.

De esta manera, la doctrina procesalista, en consonancia con las tesis dominantes sostenidas por la jurisprudencia, entiende que tanto el elemento volitivo como el cognitivo son partes integrantes del dolo, y ambos se les confieren el mismo rango de importancia. Lo que no se advierte es que entre el elemento cognitivo y el elemento volitivo existe una relación de dependencia, específicamente del segundo elemento respecto al primero⁵⁰⁷.

Se trata de una relación de implicación, que puede resumirse de la siguiente manera: quien conoce y realiza lo que conoce, quiere lo que conoce (tal como lo había reconocido hace tiempo el Tribunal Supremo del Imperio)⁵⁰⁸. Sostener lo contrario devendría en un absurdo, por ejemplo: supóngase que un acusado de homicidio declare en el proceso lo siguiente: “sí, sabía que disparaba con mi arma de fuego contra X y sabía que ese disparo sería mortal, pero no quería matar a X”. Ningún juez, afirma Hruschka, aceptaría semejante defensa, y no tanto porque no le crea al acusado, por cuestiones de valoración de prueba, sino porque sería absurdo creer semejante cosa, por razones conceptuales⁵⁰⁹. Con esto, se enfatiza que en esta relación de implicación: “no es relevante sólo para la prueba del dolo, sino que ella, antes bien, tiene carácter de una teoría de la acción. Ella repercute no sólo en el proceso, sino ya en la delimitación del concepto de dolo. De allí que su formulación no sea propia de la doctrina jurídico-

⁵⁰⁵ *Sobre la difícil prueba del dolo*. En HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Segunda edición, B de F, Buenos Aires, 2009, pp.181-197.

⁵⁰⁶ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*...p. 182.

⁵⁰⁷ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*...p. 183.

⁵⁰⁸ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*...p. 184.

⁵⁰⁹ HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*...pp.183-184.

procesal, sino que ella ya es un cometido de la ciencia que ocupa de las teorías generales del derecho penal material”⁵¹⁰.

Por estas consideraciones, el autor considera que no es casual que un importante del sector de la doctrina que se ocupa de la dogmática general del dolo intente definirlo prescindiendo del elemento volitivo, centrándose exclusivamente en el elemento cognitivo. Con ello, no se niega que el dolo contenga un elemento volitivo; lo que se niega es esa igualdad de rango que la fórmula tradicional del dolo como “saber y querer la realización del tipo” intenta otorgar a ambos elementos⁵¹¹.

Según el autor, el elemento cognitivo también debe enfrentar problemas en lo que respecta a la prueba. Así por ejemplo: A, una persona normal que se dedica a la venta de armas, toma un fusil, apunta contra B, dispara y lo mata. No hay testigos. El defensor alega que su cliente actuó a lo sumo con imprudencia porque no sabía que con ese disparo podría matar y poner en peligro la vida de la víctima⁵¹². (Caso de ceguera ante los hechos)

Hruschka entiende que ningún tribunal aceptaría tal argumento, pues, todo juez afirmaría el dolo de matar o por lo menos poner en peligro la vida de la víctima, con una argumentación que rezara: “un adulto europeo normal, de mediana edad, que se dedica además a la venta de armas, sabe perfectamente lo que es un fusil, cómo se dispara y que ese disparo puede matar o poner en peligro la vida de la víctima; y no hay indicios en el caso que permitan inferir lo contrario respecto del acusado”. El conocimiento del autor respecto a su aptitud homicida, “se apoya en la totalidad de circunstancias “externas” del caso, y que ello es tenido asimismo como justificación suficiente” de aquella conclusión⁵¹³.

Este método para la prueba del dolo, llegó a ser postulado como una clase particular de dolo que tuvo incluso su propio nombre: “*dolus ex re*”, el cual fue definido en 1825 por v. Weber como “aquel dolo delictivo que..., sin necesidad de la confesión del acusado, puede reconocerse perfectamente por la clase y modalidad de comisión del delito, por

⁵¹⁰HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*p. 185.

⁵¹¹Ibid.

⁵¹²HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*pp.185-186.

⁵¹³HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*pp.186-187.

las circunstancias externas de la acción concreta”⁵¹⁴. Estas conclusiones, a juicio del autor, deben diferenciarse claramente de la *praesumptiodoli*, la cual a su vez resulta violatoria de otros principios, como la presunción de inocencia, y con ello del Estado de Derecho. Hruschka, resalta que la diferencia entre ambas técnicas para la prueba del dolo radica en que, mientras que las conclusiones *ex re* parten del caso concreto y toman en cuenta todas las características relevantes, las presunciones de dolo se apoyan en preceptos jurídicos abstractos-generales o en praxis jurisprudenciales asentadas⁵¹⁵.

De acuerdo con estos fundamentos o prácticas generales, probado un hecho “externo” H-1, debe tenerse probado también un hecho interno, o sea el dolo del autor, H-2, sin que entren en consideración las particularidades del caso en concreto. De esta manera, lo que quita legitimidad a las presunciones de dolo es que, si bien es cierto que ellas se basan en aquello que en general resulta “normal”, “necesario”, “probable”, nada impide que puedan ser refutadas por las particularidades del caso en concreto. Sin embargo, esta posibilidad de refutación es interdicta *a priori* por la presunción legal o jurisprudencial⁵¹⁶.

Las técnica del *dolus ex re*, como nos informa Hruschka, es posible encontrar a autores que en la actualidad, sostienen que en definitiva, las circunstancias externas del caso, e incluso la propia confesión del acusado, que como se ha podido apreciar puede ser falsa; no serían más que indicios parciales en relación al hecho del dolo, y que resulta cuanto menos dudoso que de un conjunto de indicios parciales pueda inferirse la existencia de hecho a probar. De allí que se haya llegado incluso a defender la tesis de que el dolo, por razones de principios conceptuales, esto es, por ser un fenómeno espiritual, simplemente no puede probarse, no es accesible prueba alguna⁵¹⁷.

Todo esto parte de una errónea presuposición, a saber: la de que tanto el dolo como sus elementos, el conocimiento por citar uno de ellos, son hechos. En tal sentido afirma: “recién cuando, por infundada, abandonemos esa presuposición, podremos enfrentarnos con el verdadero problema”⁵¹⁸. Y ello sucederá, cuando se comprenda que no hay

⁵¹⁴HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*pp.188-189.

⁵¹⁵HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*pp.190-191.

⁵¹⁶HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*pp.191-192.

⁵¹⁷HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*p.194.

⁵¹⁸HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*pp.194-195.

hechos propios de dolo, en el mismo sentido en que hay hechos externos. No hay “dolos” de la misma manera que no hay voluntad, libertad, acción, responsabilidad, culpabilidad, etc. Ningún especialista en ciencias naturales se topará con tales hechos⁵¹⁹.

Apoyándose en Wittgenstein enfatiza Hruschka lo siguiente: ¿qué “son”, pues, el dolo y sus elementos si no son hechos?, se caería de nuevo en el mismo y viejo error; pues, dolo, libertad, responsabilidad, etc., pertenecen a un “juego del lenguaje” que, por, principio, es diferente a aquel al cual pertenecen los hechos naturales. Aquellos no “son”, en sentido ontológico; “aquí no se trata de cuestiones ontológicas”⁵²⁰.

Lo sostenido hasta aquí, importa para que el autor, afirme su tesis central: “tal como sucede en todo aquello de índole espiritual, tampoco el dolo se constata o se prueba, sino que se imputa. Cuando decimos que alguien ha actuado dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino un juicio adscriptivo”⁵²¹. Los hechos externos permiten atribuir o imputar “dolo” a un autor, y no constatar un “hecho de dolo”. Este juicio adscriptivo o de imputación no es arbitrario, como tampoco es arbitraria la conclusión de que un hombre está furioso cuando ella se funda en el color de su cara y en la expresión de su rostro. No sólo no se trata de una arbitrariedad, “sino, en principio, de nuestra única posibilidad de imputar dolo jurídico-penalmente relevante a partir de la totalidad de las circunstancias externas”⁵²².

Finaliza Hruschka su exposición con las siguientes palabras: “tomamos los hechos perceptibles, sensorialmente, los hechos constatables “objetivamente”, las circunstancias externas del caso, como expresión de algo espiritual que no puede hallarse previamente en el mundo de los hechos...Sólo las circunstancias “externas” pueden ser tales hechos; ellos, excluyendo la arbitrariedad, brindan el fundamento para la imputación del dolo, el cual, en sí mismo, no es ya un hecho”⁵²³.

11.1.2.- Valoración Crítica

⁵¹⁹Ibid.

⁵²⁰HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*pp.195.

⁵²¹HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*p.196.

⁵²²Ibid. p.196.

⁵²³HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*p.196.

A nuestro parecer la tesis de Hruschka tiene un gran acierto, en haber dejado en claro que el dolo no es ni puede ser un hecho. Pero también adolece de un error, al identificar el dolo como concepto normativo, teniendo como sustrato empírico al conocimiento, y que como hemos visto en el desarrollo de las teorías y tesis anteriores, estas tesis “unicistas” han sido criticadas por ser dependientes de un solo elemento o dato. En las teorías integradoras, el conocimiento sería valorado como uno de los indicadores de la presencia de dolo, ante un concepto normativo de dolo que hasta la actualidad no ha sido definido.

También es una cuestión debatida, en la doctrina actual, si para afirmar el dolo es correcto que se parta de un juicio adscriptivo, o se trata de un concepto cuya propiedad es disposicional, es decir a ser dilucidada en un proceso penal, como afirman otros autores, como por ejemplo Hassemer⁵²⁴, y en adherencia a su tesis, Díaz Pita⁵²⁵.

En síntesis: a) es correcta la tesis, en el aspecto que señala que dolo no es un hecho, y que por lo tanto es algo que se debe constatar, b) no nos parece correcta que dice que el conocimiento no es un hecho, por tanto es algo que se debe imputar, c) no nos parece correcta la relación de identidad, entre dolo y conocimiento, ya que esta parte de un concepto negativo, de lo que el dolo no es, es decir, de un marco teórico exiguo.

11.1.3.- La tesis Hassemer⁵²⁶. El dolo como concepto disposicional verificable mediante indicadores.

Para Hassemer la distinción entre dolo e imprudencia es estrictamente normativa, por ello se debe partir de la determinación de la *ratio* del mayor castigo del delito doloso frente al imprudente: “lo que se considera “ya doloso” o como todavía “culposos”, sólo puede decidirse en función de la *ratio* por la que se sanciona con mayor energía al dolo”⁵²⁷. Hassemer se adhiere a la tendencia normativo-teleológica seguida sobre todo por doctrinarios como Frisch y Roxin, entre otros, a quienes cita de manera expresa⁵²⁸.

⁵²⁴HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, ADPCP, Madrid, 1990, pp.909 y ss.,

⁵²⁵DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 218 y ss.

⁵²⁶Cf. HASSEMER, ADPCP, 1990, pp. 909 y ss.

⁵²⁷HASSEMER, *Los elementos...*p.915.

⁵²⁸HASSEMER, *Los elementos...*p.916, nota 32.

Si se parte de esta concepción, entonces son correctas las concepciones que afirman que el dolo, conceptualmente, consiste en la “decisión a favor de la lesión del bien jurídico” (Roxin), “decisión contra el bien jurídico desde un punto de vista personal” (Frisch), “asunción de las circunstancias del hecho constitutivas del injusto” (Schroth), entre otros. Todas estas definiciones concuerdan con la lógica normativa de una incriminación más severa del dolo, y por otro, renuncian a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo, reuniendo en todo caso “voluntad y representación bajo un nuevo marco conceptual (decisión...asunción)”. Quien se decide a favor de la lesión del bien jurídico, viola de una manera más grave e intensa la norma que obliga a respetar ese bien⁵²⁹.

Sin embargo, este punto de partida normativo, no debe dejar de lado, los fenómenos internos del individuo, que se refieren al acontecer externo: el sustrato del dolo sólo puede residir en la voluntad y la representación de la persona y no en aquello que es externo a él. En este orden de ideas, los elementos volitivos son, para Hassemer, indispensables para caracterizar el dolo⁵³⁰.

Así las cosas, la representación sólo constituye una condición necesaria pero no suficiente del dolo, incluso en el caso del dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias⁵³¹. Según este punto de vista, los elementos volitivos son irrenunciables en la dogmática del dolo, porque precisamente en virtud de la mayor gravedad de su incriminación, es necesario que el sujeto posea una determinada información; él debe, además, “aceptar” esa información, “admitirla”, “quererla”: “una decisión a favor del injusto”, su “asunción personal”, no es algo calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo⁵³².

Si está claro que el dolo es un fenómeno interno, subjetivo, entonces es evidente que no puede ser descripto como si se tratara de un hecho observable. Más bien, corresponde acercarse a él, de una manera indirecta, de modo operacional como sucede con todo concepto o predicado disposicional⁵³³. Para Hassemer, el dolo es una disposición, en el

⁵²⁹HASSEMER, *Los elementos...*p.917.

⁵³⁰Ibid., p.917.

⁵³¹Ibid., pp.918, 920,927.

⁵³²Ibid., p.918.

⁵³³Ibid., pp. 924 y ss.

sentido que le da a este vocablo la filosofía de la ciencia⁵³⁴. Consecuente con este desarrollo filosófico, explica que una disposición es “una situación interna no observable de forma inmediata”, a cuyo, conocimiento se accede, de modo operacional, es decir, mediante operaciones experimentales, por medio de las cuales se obtienen indicadores externos, observables, que operan como “síntomas” a partir de los cuales puede inferirse la existencia de la disposición interna⁵³⁵.

Estos indicadores para ser válidos deben cumplir tres condiciones: observabilidad, plenitud y relevancia disposicional; es decir, deben ser “por sí mismos observables” y combinarse entre sí de manera completa, de forma tal que indiquen unívocamente la disposición, en cuestión. Sostiene, Hassemer: “el dolo, como decisión a favor de lesión del bien jurídico, como asunción personal del injusto típico, sólo se puede inferir a través de indicadores que cumplan con las condiciones citadas⁵³⁶”.

A diferencia de los autores de las teorías integradoras o acumulativas, Hassemer opina: “no es correcto, a la hora de diferenciar los presupuestos conceptuales del dolo por una parte, de la prueba de su existencia en el proceso penal por otra, plantear los indicadores del dolo como problema exclusivamente procesal. Éstos no se pueden separar del concepto de dolo porque sólo ellos lo hacen aplicable; los indicadores pertenecen al concepto”...A la investigación en el proceso corresponde el si y en qué circunstancias tales indicadores existen en el caso en concreto...: el que la acción realizada conocimiento seguro acerca de su peligrosidad indique la decisión contra el bien jurídico pertenece al concepto de dolo; que el agente posea (o no) el conocimiento en el caso concreto, es ya una cuestión de prueba en el proceso”⁵³⁷.

A continuación, el autor procede a dar un catálogo abierto de indicadores, basado en la imputación subjetiva, y en las diferentes teorías que dan criterios delimitadores entre dolo e imprudencia, existen tres niveles diferenciables: el peligro de la situación para el bien jurídico, la representación del autor de ese peligro y su decisión a favor de la realización del peligro⁵³⁸. El primero puede observarse mediante datos observables, los

⁵³⁴Ibid.

⁵³⁵Ibid., p.925.

⁵³⁶Ibid., p.925 y s.

⁵³⁷Ibid.

⁵³⁸Ibid., pp.928 y ss.

dos últimos en cambio, no: estos deben inferirse de los respectivos indicadores. Así, por ejemplo, respecto al nivel cognitivo, la representación del agente puede inferirse de su visibilidad, y ésta a su vez de la proximidad del objeto; o bien su capacidad de percepción, y ésta a su vez de sus hábitos. Lo importante, es que los indicadores “se infieren de la *ratio* de penalidad del dolo”, y que, repartidos en esos tres niveles, “derivan uno del otro”⁵³⁹.

En suma para Hassemer: “El dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también, la imprudencia, una disposición de carácter subjetivo, un hecho interno no observable. Por consiguiente sólo se puede investigar con ayuda de los elementos externos de caracterización. Éstos son los indicadores...”⁵⁴⁰.

11.1.4.- Valoración Crítica

Uno de los problemas que presenta la tesis de Hassemer es que considera al dolo y a la imprudencia como disposiciones, cuando en rigor solo se puede predicar tal carácter de datos empíricos, como por ejemplo conocimientos, desconocimientos, representaciones, creencias, intenciones, indiferencias, confianzas, y otros datos psíquicos, los que son verificables mediante indicadores externos y que verificados pueden constituir hechos relevantes para afirmar la concurrencia del dolo. Pero ni el dolo ni la imprudencia, son una disposición, como un dato empírico o un hecho psíquico, sino que ambos son conceptos normativos, en donde subyace un complejo de estándares de la misma entidad, es decir, normativos.

Desde esta perspectiva, es criticable que se trate como un dato psíquico, como una disposición, a una categoría, cuyo consenso en la doctrina nos permite afirmar que es normativa, nos referimos a la imprudencia.

Hassemer considera, que el dolo es una “disposición en favor a la lesión del bien jurídico” o “asunción del injusto típico”, le son aplicables las críticas realizadas contra estas tesis de carácter ecléctico.

⁵³⁹Ibid., pp.929 y ss.

⁵⁴⁰Ibid., p.931.

No resulta clara la idea que todos los indicadores pertenecen al dolo, no se entiende por qué un indicador empírico, esto es un hecho, pertenezca a un concepto; la relación entre hecho y concepto sólo puede ser de subsunción o implicación, no de pertenencia. Un concepto de dolo tiene que servir de marco teórico para determinar cuáles son los datos empíricos relevantes⁵⁴¹.

11.1.5.- La tesis de Ragués i Vallés. Reglas de atribución de conocimiento.

Ragués i Vallés, inicia su trabajo con una reconstrucción histórica, de los distintos conceptos de dolo elaborados por la doctrina alemana, apuntando que existe un “consenso divergente”⁵⁴² en el panorama de la doctrina alemana, haciendo la salvedad que en el contexto de la doctrina de este país aún se mantienen posiciones divergentes, que estarían enmarcados dentro de lo que él denomina como “voces discordantes”⁵⁴³. El consenso consiste, en opinión del autor, que pese a los giros lingüísticos, o las diferentes fórmulas utilizadas por distintos autores lo es que “existe acuerdo en exigir que el sujeto se haya representado un cierto grado de riesgo en la realización del tipo”⁵⁴⁴. En síntesis, para este sector de la doctrina el dolo es, conocimiento o representación. También existe “acuerdo en afirmar que para el dolo no basta la representación de que una conducta es peligrosa en abstracto, sino que el conocimiento de dicha peligrosidad debe referirse al concreto comportamiento que se lleva a cabo”⁵⁴⁵. Entre las teorías que participan del consenso divergente, afirma: “existe un acuerdo práctico sobre el fondo de la cuestión del dolo, y sus discrepancias sólo afectan a la terminología que debe emplearse para describir los términos del acuerdo, o residualmente, al tratamiento que debe dispensarse a supuestos de importancia marginal”⁵⁴⁶. Por tanto, “el dolo exige que un sujeto cuente con ciertos conocimientos en el momento en que realiza una conducta objetivamente típica”⁵⁴⁷.

⁵⁴¹Especialmente útil, los presupuestos desarrollados por PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.745-814.

⁵⁴²RAGUES I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Editor, Barcelona, 1999, pp.83 y ss.

⁵⁴³RAGUES I VALLES, *El dolo...*pp.127 y ss.

⁵⁴⁴RAGUES I VALLES, *El dolo...*p.122.

⁵⁴⁵Ibid.

⁵⁴⁶Ibid., pp.121 y ss.

⁵⁴⁷Ibid., p. 189.

Ahora bien, el problema central de la tesis del autor, es cómo se prueba el dolo en el proceso penal, se trata de un problema de determinación del dolo, y a la vez, de cómo puede establecerse qué es lo que el sujeto ha conocido o se ha representado en el momento de realización de un hecho objetivamente típico⁵⁴⁸. A su juicio, son dos posturas las que intentan responder esta cuestión, por un lado la postura que él denomina como “concepción psicológica” y por otro, la denominada “concepción normativa”⁵⁴⁹. La primera considera, al conocimiento o representación “como un fenómeno psicológico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser efectivamente constatada en el proceso penal”⁵⁵⁰. La segunda considera, que la afirmación del dolo no depende de la constatación empírica de una realidad psicológica, por ello tal afirmación, no constituye un juicio descriptivo, sino un juicio adscriptivo, en el mismo sentido de Hruschka; de esta manera: “cuando los tribunales o jueces afirman “que alguien ha conocido algo” no hace otra cosa que atribuir dicho conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue es el estado real de esa subjetividad en el momento de la realización del hecho típico”⁵⁵¹.

Ambas concepciones tanto la psicológica como la normativa, cargan en su cuenta con importantes dificultades, de aplicabilidad en la concepción psicológica: “se le reprocha mostrar de modo convincente cuáles son los medios que hacen posibles la averiguación de la realidad psíquica pretérita y ajena”⁵⁵²; y de legitimación respecto a la concepción normativa: “que de modo explícito renuncian a la subjetividad del autor”⁵⁵³, fuera de que debe ofrecer “una caracterización plausible de tales criterios”⁵⁵⁴.

El autor, se adhiere a la segunda de estas concepciones que considera como normativa. De esta manera postula, “el sentido social” como “criterio de determinación del dolo”⁵⁵⁵. Consecuente con estos postulados, afirma: “implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible..., sino que dicha conducta, de acuerdo con sus

⁵⁴⁸Ibid.

⁵⁴⁹Ibid., pp.190 y ss.

⁵⁵⁰Ibid., p.190.

⁵⁵¹Ibid., p.191.

⁵⁵²Ibid.

⁵⁵³Ibid.

⁵⁵⁴Ibid.

⁵⁵⁵Ibid., pp.323 y ss.

características externas y perceptibles, se valore como negación consciente de una concreta norma penal”⁵⁵⁶.

Aclara, de todas formas, que el criterio así formulado, resulta vago e impreciso, por lo que debe concretizarse “en reglas más específicas que permitan afirmar con seguridad ante un determinado supuesto si éste se considera realizado de modo consciente”⁵⁵⁷. Y además, que, por otro lado, no permite neutralizar, la principal objeción de este criterio, formulado con ese nivel de generalidad, merecería, a saber: que él impida todo riesgo de instrumentalización del imputado, quien con base a este criterio del sentido social y “para generar ciertos efectos en la sociedad”⁵⁵⁸, podría ser condenado por un hecho doloso sin que pueda garantizarse “que los criterios que la sociedad emplea para decidir cuándo un hecho ha sido realizado conscientemente vaya a coincidir con lo que han sido auténticos conocimientos del sujeto”⁵⁵⁹.

Admite, el autor, el problema de legitimidad de la condena penal en un Estado de Derecho, cuando ha de admitirse que existe un margen de riesgo o error, en el sentido, de que no todos los hechos probados hayan realmente acaecido⁵⁶⁰. De lo que se trata es de “reducir al máximo el riesgo de instrumentalización que se asume en toda imputación de conocimientos basada en el sentido social para la determinación del dolo”⁵⁶¹, lo cual, a su juicio, se logra en la medida en que pueda decirse que resulta “inequívoco” que la conducta “ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos”⁵⁶². De allí, que el autor defina como “inequívoco sentido social” en tanto “criterio para la atribución del conocimiento en que se fundamenta el dolo”⁵⁶³. Sin embargo, admite que un remanente del riesgo de instrumentalización del individuo es siempre posible aun con esta exigencia de la inequívocidad, por eso afirma que “si los individuos aspiran a que el Derecho penal los proteja de algún modo, deben asumir el ‘escaso’ riesgo de que alguna vez se los pueda condenar” aun en base a hechos no acaecidos⁵⁶⁴. “Y ello implica que la protección constitucional de la dignidad de la persona no pueda

⁵⁵⁶Ibid., p.324.

⁵⁵⁷Ibid., p.328.

⁵⁵⁸Ibid., p.327.

⁵⁵⁹Ibid.

⁵⁶⁰Ibid., pp.329 y ss., pp. 341 y ss.

⁵⁶¹Ibid., p.333.

⁵⁶²Ibid.

⁵⁶³Ibid., pp.344 y ss.

⁵⁶⁴Ibid., p.343.

interpretarse de tal modo que haga ineficaz la acción del sistema punitivo del Estado, pese a los riesgos que ésta implica”⁵⁶⁵. De este modo, concluye: “que su criterio tiene al menos la virtud de garantizar una igualdad de trato a todos los sujetos. ‘a todos se les juzga por el sentido social que se desprenda de sus comportamientos’, y de minimizar el mencionado riesgo de instrumentalización, pues sólo se lo aplica a los supuestos en que se juzga inequívoca su concurrencia”⁵⁶⁶.

Ya sobre el final de su trabajo de investigación, advierte, que la tarea a superar, es el de la vaguedad del criterio que propone; su esfuerzo se centra, en establecer una serie de reglas básicas de atribución de conocimiento que concreten el criterio, y a la vez faciliten la tarea del operador jurídico y la hagan, a su vez, previsible, y por tanto eviten la arbitrariedad. En esta última parte, desarrolla las reglas para la determinación del dolo⁵⁶⁷.

A su juicio, “y en contra de lo que suele afirmarse, en el ámbito de la determinación del dolo no se trata de llevar a cabo una averiguación empírica de ciertos fenómenos psíquicos. Como ya se ha dicho, estos fenómenos se hallan ocultos, en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano, y no existen actualmente métodos científicos o de otra índole que permitan su plena constatación”⁵⁶⁸. De lo que se trata, es de establecer reglas a partir de las cuales pueda atribuirse a una persona, al momento del hecho punible, poseía un conocimiento determinado.

El autor, se pregunta, si estas reglas tienen naturaleza procesal o conceptual, si “deberían tomarse ya en cuenta al enunciarse el propio concepto de dolo”⁵⁶⁹. El mismo absuelve esta cuestión, afirmando “el dolo en su indiscutible núcleo conceptual, el conocimiento que tiene un sujeto de determinadas circunstancias”⁵⁷⁰. ¿Tales reglas forman parte entonces ya del concepto de dolo o tienen pura naturaleza procesal? Si se entiende la última afirmación del autor, entonces dolo es conocimiento, y entonces las reglas, ayudarían a determinar el concepto del dolo en el ámbito procesal. Si, en cambio, se considera que estas reglas tienen también naturaleza material, entonces el dolo es:

⁵⁶⁵Ibid.

⁵⁶⁶Ibid., p.345.

⁵⁶⁷Ibid., pp.357 y ss.

⁵⁶⁸Ibid., p.357.

⁵⁶⁹Ibid., p.362.

⁵⁷⁰Ibid., p.363.

“conocimiento determinado a partir del sentido social del hecho”⁵⁷¹. Sin embargo, para el autor, estas reglas de atribución de conocimiento, son de índole procesal, y se derivan del inequívoco sentido social de la conducta del sujeto y se asemejan estructuralmente a las llamadas “reglas de la experiencia”, empleadas procesalmente para la valoración de la prueba y a partir de las cuales, se da por probado un hecho en una sentencia, y en tal sentido la aplicación de tales reglas sería revisable en casación, según la estructura tradicional de este recurso⁵⁷².

Las reglas de atribución son las siguientes:

- a) Conocimientos mínimos: por el sólo hecho de considerar “normal” a una persona, es decir, jurídico-penalmente imputable, se le atribuyen determinados conocimientos sin los cuales tal normalidad no es posible⁵⁷³. Corresponde distinguir, entre conocimientos mínimos en sentido estricto, los comunes a toda persona, y conocimientos mínimos en sentido amplio, los que pueden faltar en una persona imputable por socialización exótica⁵⁷⁴. Este criterio de los conocimientos mínimos, permite superar la problemática de las ausencias irracionales de representación, pues con base en lo que se determina es que, si es imputable, tales representaciones se tienen, y si no se tienen es porque se es inimputable⁵⁷⁵.
- b) Transmisiones previas de conocimientos: “si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento”⁵⁷⁶.
- c) Exteriorización del propio conocimiento: “si el propio sujeto exterioriza que conoce algo, sea a través de declaraciones explícitas, sea a través de actos concluyentes, se le atribuye poseer dicho conocimiento”⁵⁷⁷.
- d) Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos: si el sujeto ejerce una determinada profesión, procede de un determinado lugar, tiene un determinado nivel cultural, entonces posee los conocimientos que hacen posibles

⁵⁷¹Ibid., p.364.

⁵⁷²Ibid., pp.371 y ss.

⁵⁷³Ibid., pp.379 y ss.

⁵⁷⁴Ibid., p.389.

⁵⁷⁵Ibid., pp.390 y ss.

⁵⁷⁶Ibid., pp.403 y ss.

⁵⁷⁷Ibid., pp.411 y ss.

tales características personales. El principio, es el siguiente: “sólo deben imputarse a un sujeto aquellos conocimientos que vayan intrínsecamente ligados al hecho de reunir unas determinadas características personales, es decir, aquellos conocimientos sin los que sería impensable que pudiera reunir tales características”⁵⁷⁸.

11.1.6.- Valoración Crítica

A nuestro parecer, en las reglas de atribución de conocimientos, se presumen, legal o jurisprudencialmente, conocimientos que el sujeto *debe poseer*, y por lo tanto se le adscriben. Está forma de proceder muy emparentada con el sistema de prueba legal, importa en la práctica introducir presunciones de dolo en el proceso penal, y en consecuencia resulta ilegítima desde un punto de vista de Estado de Derecho, tal como fuese advertido con razón por Hruschka⁵⁷⁹.

Cuando se trabaja con la llamada prueba indiciaria o indirecta⁵⁸⁰, que es lo que sucede cuando se intentan probar datos empíricos, entre ellos los datos psíquicos; se aplica implícitamente, el método nomológico-deductivo de explicación científica en su versión probabilística, y por tanto en rigor deductivo, en tanto, vía inducción, se obtiene una conclusión fáctica probable a partir de un determinado grado de apoyo que brindan las premisas fácticas de las que se parte. Es cierto que entre otras premisas, hay una que no es fáctica, pues contiene una “norma”, por eso el método es nomológico. Pero no se trata de una norma deóntica como cree Ragués i Vallés, que por eso designa como normativa a su concepción⁵⁸¹; es decir, no se trata de una norma jurídica, ni tampoco de una norma social, moral. Se trata, en rigor de una generalización empírica, que genera una ley causal o ley teleológico probabilística, como por ejemplo, toda persona que quiere aprobar un examen se prepara para ello⁵⁸². Las llamadas reglas de la experiencia, con las cuales Ragués i Vallés identifica a sus criterios de atribución de conocimientos⁵⁸³, son en sentido estricto, leyes probabilísticas o teleológico

⁵⁷⁸Ibid., p.429.

⁵⁷⁹HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo...*p. 185

⁵⁸⁰Cf. GARCÍA CAVERO, Percy, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, Ara, Editores, Lima, 2011, pp.69-78., pp.84-93.

⁵⁸¹Cf. RAGUES I VALLES, El dolo...pp.189 y ss.

⁵⁸²MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito*, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp.590-623., en especial, p.612.

⁵⁸³RAGUES I VALLES, *El dolo...*pp.371 y ss.

probabilísticas, según sea el caso, y por tanto empíricas, en el sentido que no contienen operador deóntico alguno, sino como se dijo, generalizaciones fácticas de distinto grado o índole.

El enfoque empleado en el proceso penal, parte en cambio de la base de que la prueba de conocimiento y otros datos psíquicos se obtienen a partir de un método empírico de verificación de esta clase de datos que realmente caracterizan acciones de personas. No hay, pues, adscripción alguna, sino comprobación de propiedades disposicionales de índole psíquica mediante las cuales se hacen cosas y se da sentido a lo que se hace, y siempre a partir de circunstancias específicas del caso en concreto. En consecuencia, todo lo que se relacione con las inferencias constituirá cuestión de hecho, y no de derecho, y será por tanto controlable en casación sólo si demuestra algún vicio en la inferencia o en la interpretación de lo observado⁵⁸⁴. (agravio procesal)

Sin embargo, los casos que utiliza, para la ejemplificación de las reglas de atribución, llega a conclusiones acertadas. Pero ese acierto se debe, a que en el fondo está constatando conocimientos y no atribuyéndolos. Y lo hace, de la forma advertida en el párrafo anterior, donde las propiedades disposicionales son corroboradas empíricamente. De tal manera, que se puede concluir que los ejemplos de Ragués i Vallés, hallan una resolución satisfactoria en sentido procesal, pero creemos, no porque haya sido exitosa su estrategia de adscripción en sentido jurídico-normativo, sino porque los datos empíricos son corroborables por un método empírico de verificación.

⁵⁸⁴Cf. RAGUES I VALLES, *El dolo...*p.526.

CAPÍTULO IV: CONCEPTO DE DOLO E IMPRUDENCIA, DELIMITACION Y APLICACIÓN AL CASO UTOPIA.

I.- Consideraciones previas

1.1.- Los delitos preterintencionales y los delitos cualificados por el resultado

Compartimos la opinión que los delitos preterintencionales como los delitos cualificados por el resultado son un rezago de la teoría causalista del delito⁵⁸⁵, en la medida que la teoría finalista se fue imponiendo, tanto en su perspectiva tripartita como bipartita. Como hemos visto, los códigos penales derogados de 1862, y 1924 contemplaban más figuras preterintencionales que el Código actual, y creemos que en los futuros textos punitivos estas formas delictivas irán desapareciendo.

El respeto al principio de la responsabilidad subjetiva, prescrito en el artículo VII del título preliminar, no permite la creación de normas directivas de conducta que no sean realizadas por un actuar doloso o imprudente, su vulneración implica el *versari in re illicita*, fórmula propia de la responsabilidad objetiva que pune el resultado producido independientemente del conocimiento del sujeto o de su posibilidad de evitarlo⁵⁸⁶, siendo irrelevante si este comportamiento fue o no dirigido al resultado. Sin embargo, la producción de resultados lesivos por hechos fortuitos o imprevisibles no pueden desencadenar la atribución de responsabilidad penal, precisamente porque en estos casos falta la acción, o comportamiento del sujeto.

Estos delitos desde el prisma de la dogmática penal española son como una especie de tentativa al revés; mientras que en la tentativa del tipo subjetivo es abarcada por el dolo primer grado, el tipo objetivo es imperfecto, en el delito preterintencional el tipo subjetivo es el que aparece como inacabado, pues el sujeto tienen la intención de vulnerar un bien jurídico distinto al que acaba produciéndose⁵⁸⁷.

Así, por ejemplo, el artículo 121° del Código penal que prevé el delito de *nomen iuris* “lesiones dolosa seguidas de muerte por imprudencia”. En esta figura se pune más allá

⁵⁸⁵RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*, segunda edición, Grijley, Lima, 2013, p.301.

⁵⁸⁶ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, PG, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p.538.

⁵⁸⁷MIR PUIG, Santiago, PG, B de F, séptima edición, Buenos Aires, 2005, pp.302-304.

de lo que el sujeto desde una perspectiva *ex ante* pudo conocer, por eso en la doctrina mayoritaria, se dice que se presenta dolo en la acción e imprudencia en el resultado, y es debido a ello que también se les denomina delitos ultra intencionales, pero siempre limitados por las exigencias de la previsibilidad, que se convierte en un elemento especial de esta modalidad delictiva⁵⁸⁸.

Son casos donde el autor actúa con la previsibilidad objetiva y crea un peligro idóneo para lesionar al sujeto pasivo, sin embargo se produce el resultado muerte, o crea un peligro de menor entidad que se materializa en lesiones leves y lo que realmente acaba produciéndose son lesiones graves. En el primer caso la doctrina considera que se trata de un supuesto de preterintencionalidad heterogénea, esto es cuando la conducta dolosa realizada pertenece a un tipo distinto al que la conducta imprudente previsible configura. Habiendo otros casos, como el segundo, donde se habla de preterintencionalidad homogénea, es decir cuando ambos resultados, producidos de manera dolosa o imprudente, corresponden a un mismo tipo penal⁵⁸⁹.

Lo problemático de la preterintencionalidad, según la dogmática española, se plantea en dos niveles, uno de carácter general, y otro de carácter especial, con especial referencia a los tipos de la parte especial de un determinado Código penal⁵⁹⁰. El primer aspecto se refiere a la preterintencionalidad en sí, y el segundo se trata de los delitos cualificados por el resultado⁵⁹¹.

Así, por ejemplo, el artículo 121° de nuestro Código penal fija un agravante cuando produce la muerte a consecuencia de las lesiones, pero con la exigencia de la previsibilidad, es decir, un delito preterintencional en cuanto el resultado sea previsible, pues lo imprevisible nunca puede ser exigido al destinatario de la norma, siendo los casos de imprevisibilidad supuestos de atipicidad, y sólo se podría castigar por el supuesto doloso. Otro ejemplo, de preterintencionalidad lo ofrece el artículo 115° del Código penal, que prevé una pena más grave para el caso de que a consecuencia de un

⁵⁸⁸QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Revisiones del dolo y regreso de la responsabilidad objetiva*, pp.89-125., en especial: *la preterintencionalidad, dolo de peligro y culpa*, pp.114-119. En *Imputación subjetiva*, Ara, Lima, 2012,

⁵⁸⁹VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, 3ra. reimpresión, Grijley, Lima, 2009, p.239.

⁵⁹⁰MIR PUIG, Santiago, PG, p. 302.

⁵⁹¹Ibid., p.302.

aborto o prácticas abortivas se produjese el resultado muerte, siempre y cuando el resultado fuera previsible⁵⁹².

De esta mención, se desprende que el agravamiento por el resultado producido, sea de lesión o de muerte, no está abarcado por la representación del autor, sino que proviene de un delito que previamente se materializó y respecto del cual hay una representación plena del sujeto (previsibilidad objetiva). Ello implica, que el sujeto responde por el resultado, reconociendo la naturaleza del delito complejo, aun cuando no lo abarca en su totalidad, estuvo en la posibilidad privilegiada de preverlo como posible, pero también estuvo en la capacidad de evitarlo.

Por el contrario, si el resultado deviene en imprevisible, el mismo debe ser considerado fortuito, en consecuencia penalmente irrelevante, respecto de dicho resultado. Además de ello se afirma que la preterintencionalidad, exige una identidad de bien jurídico o que tenga una naturaleza similar, pues la afectación debe estar dirigida en la misma línea sucesiva de actos que impliquen que se hayan afectado el mismo género de intereses jurídicos tutelados⁵⁹³.

En nuestra opinión, esta exigencia no es necesaria, esto en razón de que los intereses tutelados pueden estar desvinculados entre sí, desde una perspectiva de la homogeneidad, pero no desde vinculación fáctica. En nuestro ordenamiento positivo hay supuestos como el robo con consecuencia de muerte, en donde se puede entender que la vida y el patrimonio no son bienes jurídicos homogéneos, pero que están vinculados fácticamente, aún si el robo es un delito pluriofensivo. Creemos que una respuesta punitiva racional se encuentra en el concurso ideal de delitos⁵⁹⁴, y sobre todo más sistematizada.

Los delitos cualificados por el resultado son figuras típicas de carácter complejo en las que, por regla general, el legislador establece dos figuras delictuales, una de ellas dolosa y otra imprudente, con vida autónoma y que protegen dos bienes jurídicos distintos, y que en muchos casos son reconducidas a un tipo penal, que además contempla una pena

⁵⁹²MIR PUIG, Santiago, PG, p.302.

⁵⁹³PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl, PG, Idemsa, tercera edición, Lima, 2011, p.1041.

⁵⁹⁴VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, p.239., PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl, PG, p.1043.

mayor a la que habría de aplicarse si se utilizaran todas la reglas del concurso ideal de delitos. La reducción de esta clase de figuras delictivas obedece a la proscripción de la responsabilidad objetiva (entendida como responsabilidad del resultado) en irrestricto respeto del principio de responsabilidad subjetiva.

En ambas figuras analizadas, cobra especial preponderancia la valoración del riesgo, que un problema auténtico de la dogmática del dolo e imprudencia, esta valoración del riesgo se hará *ex post*, por el juzgador, sin embargo debemos precisar que la previsibilidad objetiva de la realización de un resultado, está conformada por un dato empírico como, el peligro inherente de la acción que lleva a cabo el sujeto.

Coincidimos con Rodríguez Delgado⁵⁹⁵, en la medida que una correcta determinación de la valoración del riesgo, es un criterio importante, sobre todo para evitar que se vulneren los principios de culpabilidad, imputación subjetiva, última ratio, entre otros. Esto también importa para que el legislador, evite la creación de estas figuras delictivas, pues como se ha podido apreciar, nadie se le puede exigir lo imprevisible. Así por ejemplo, el artículo 189, en donde el legislador establece que la muerte o lesiones graves deben ser como consecuencia de un hecho sin hacer alusión alguna a la previsibilidad. Esto hace que se creen de manera indeterminada normas de sanción que no tienen como correlato una norma de comportamiento, lo cual también vulnera el principio de lesividad, artículo IV de nuestro título preliminar, pues nadie puede poner en peligro, o lesionar bienes jurídicos, si estos no se encuentran determinados en una norma directiva de conducta, y para que el sujeto pueda determinarse por esta clase de normas es necesario que le sean al menos previsibles para poder optar por un comportamiento alternativo conforme a derecho, es decir, evitar los posibles resultados disvaliosos.

1.2.- Breve referencia al sistema de *numerus clausus*.

Como vimos en el análisis de la evolución de la técnica legislativa, nuestro legislador ha optado en el artículo 12 por el sistema de *numerus clausus* que le otorga mayor

⁵⁹⁵ RÓDRIGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*, segunda edición, Grijley, Lima, 2013, p.310. Sobre toda la exposición del autor, sobre delitos preterintencionales y delitos cualificados por el resultado, pp.301-311.

seguridad jurídica a la norma directiva de conducta o de comportamiento, para saber cuándo estamos frente a un hecho punible imprudente⁵⁹⁶. En la evolución técnico legislativa, la adopción del modelo de tipificación imprudente cerrado, estaba previsto en el artículo 82 del Código penal de 1924.

El principio de *numerus clausus* implica que los supuestos que vienen mencionados en la parte especial del Código penal, es en donde pueden comprobarse hechos concretos, acciones u omisiones, que el legislador ha decidido penar por imprudencia, junto a los delitos dolosos correspondientes, los cuales han de ser tomados en consideración para identificar la parte objetiva, pues la estructura que comparten es idéntica y por tanto no varían, lo único que cambia es la exigencia de vulneración de una norma de cuidado y el elemento subjetivo, que en el tipo imprudente es de menor intensidad, en cuanto al conocimiento se refiere.

El sistema de *numerus clausus* tiene ventajas dogmáticas y político-criminales, en relación con el sistema de incriminación abierta ya abandonado en gran parte de la legislación comparada⁵⁹⁷. Algunas justificaciones para la adopción de un sistema cerrado de incriminación de los delitos imprudentes, en primer lugar, supone una vinculación más estricta con el principio de legalidad, lo que tiene como presupuesto la acepción de *lex stricta* del principio de legalidad que comporta una descripción más clara, concisa y concreta del tipo penal⁵⁹⁸. También aparece la exigencia de certeza, del principio de taxatividad, o sea la seguridad jurídica como la consecuencia más notable del mismo, puesto que elimina prácticamente, todas las dudas y criterios discrepantes sobre si un delito es doloso es susceptible o no de comisión por medio de un actuar imprudente⁵⁹⁹.

Desde la perspectiva político-criminal, esta técnica permite al legislador seleccionar de modo más racional las conductas imprudentes que deben ser punibles, atendiendo al

⁵⁹⁶ Los tipos imprudentes que el legislador ha previsto son quince, y se encuentran en los artículos: 111°, 124°, 141°, 210°, 229°.2, 278°, 282°, 288°, 304°, 307°.2, 330°.3, 331°.2, 372°.2, 387°.3 y 414°.3. En VILLA STEIN, Javier, PG, tercera edición, Grijley, Lima, 2008, p.262.

⁵⁹⁷ Con mayor acuciosidad, ROMEO CASABONA, Carlos, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado*, en Revista peruana de ciencias penales, N°12, Lima, 2002, p.142., ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, PG, p.522.

⁵⁹⁸ MIR PUIG, Santiago, PG, pp.116-117.

⁵⁹⁹ ROMEO CASABONA, Carlos, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado...*p.142.

principio de mínima intervención del Derecho penal⁶⁰⁰, tanto atendiendo a la importancia del bien jurídico, pues no todos los bienes jurídicos merecen comportamientos imprudentes para su tutela, sólo los más importantes como a la gravedad de la conducta infractora de la norma de cuidado; desvalor de acción o mayor o menor gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el caso concreto⁶⁰¹. El principio de mínima intervención o de última ratio del Derecho Penal encuentra también sentido en relación con los delitos imprudentes, al tener estos un desvalor de injusto menor que el exigido en los delitos dolosos correlativos, es decir, tienen un menor grado de reprochabilidad⁶⁰², siendo también considerados delitos de menor gravedad, lo que se aprecia al contrastar el marco punitivo de pena que tiene un delito doloso respecto del imprudente.

En la actualidad la mayoría de los ámbitos de competencia están regulados de forma detallada por normas administrativas sancionadoras, las del tránsito vial, o las exigidas en los protocolos médicos al profesional de salud, razón por la cual al Derecho penal sólo le compete intervenir en comportamientos que representen una mayor lesividad a los bienes jurídicos.

En nuestro sistema penal, no se ha permitido la que la tipificación de los delitos imprudentes sea autónoma respecto de los delitos dolosos, no existe en nuestro Código penal una figura independiente que no cuente con su contraparte dolosa.

Cabe anotar que nuestro legislador no hace una distinción expresa entre imprudencia consciente e imprudencia inconsciente, ya que se inclina por una regulación genérica que en casi todos los tipos imprudentes reza: “si el hecho se causa por culpa...”, esta técnica en nada favorece a la diferenciación entre ambas clases de imprudencia, que en la legislación española si se especifica para una graduación más racional de la pena⁶⁰³.

Esto sería preferible para tratar de establecer si los tipos penales imprudentes recogidos en la parte especial determinan la graduación de la norma de cuidado, es decir si cabe

⁶⁰⁰MIR PUIG, Santiago, PG, pp.126-127.

⁶⁰¹ROMEO CASABONA, Carlos, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado...*p.143.

⁶⁰²VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, p. 385.

⁶⁰³ROMEO CASABONA, Carlos, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado...*p.150.

hacer referencia a cualquier forma de inobservancia de cuidado en determinadas circunstancias, cualquiera que sea la gravedad del mismo. Lo que implica hacer una correcta valoración respecto a la opción del legislador nacional, respecto del principio de mínima intervención y a los parámetros en los cuales se deben mover las decisiones jurisprudenciales de nuestros Tribunales de Justicia⁶⁰⁴. Sin embargo, en nuestra jurisprudencia no se hace una graduación de la infracción de una norma de cuidado, y por esta razón se pasa por alto la necesidad de determinar ello en cada caso. De acuerdo a los principios previstos en nuestro ordenamiento jurídico, sólo deberían ser castigadas aquellas infracciones a las normas de cuidado que revistan determinada gravedad, pues solo esas infracciones son las que justifican una correcta relación normativa entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado generado⁶⁰⁵.

1.3.- El error sobre elementos normativos del tipo penal⁶⁰⁶

1.3.1.- Introducción y clasificación de los elementos normativos del tipo legal

En los elementos normativos predominan valoraciones que no son perceptibles por los sentidos. Se hace necesario remitirnos a otras ramas del derecho para su valoración. Entre algunos ejemplos de los elementos normativos jurídicos, tenemos: “funcionario o servidor público” en el artículo 425°, “matrimonio”, artículo 139°, “depositario judicial” artículo 190°, “bienes embargados” artículo 197°, numeral 4, o de valoraciones ético-sociales como por ejemplo: “exhibiciones obscenas” del artículo 183°; todos estos términos prescritos en el Código penal.

El uso abusivo de estos elementos, reduce la función de garantía del tipo. Por ello, la valoración debe ser objetiva; siguiendo los patrones vigentes y no los propios del intérprete. El juicio de valor deberá tomar en cuenta las circunstancias de la realidad social, el lugar o las personas afectadas. De todas maneras, es necesario resaltar, que no es posible establecer un límite firme entre los elementos descriptivos y los elementos

⁶⁰⁴Con mayor acuciosidad, ROMEO CASABONA, Carlos, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado...*p.150.

⁶⁰⁵ RÓDRIGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente...*pp.190-198., con especial referencia a la actuación de los Tribunales de Justicia, p.198.

⁶⁰⁶DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La ley, Madrid, 2008, 480 págs.

normativos en el tipo penal (tipo legal), v.gr.- el concepto “muerte” (artículo 106° del Código penal); “muerte clínica”: cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas, (artículo 3, Ley 28189). Con lo cual atendiendo al peso de los elementos conformantes del tipo penal, se tendrá que hablar de la predominancia de un elemento sobre el otro⁶⁰⁷.

Sin embargo es posible hacer una clasificación más exhaustiva, así por ejemplo, hay elementos normativos específicos o explícitos, por lo tanto “escritos” en el correspondiente precepto de la parte especial, serían aquellos que aparecen como un elemento peculiar o privativo de ese tipo, sirviendo con el resto de los elementos típicos (elementos descriptivos), para distinguirlos de otros, delimitando la materia de prohibición a la que se refiere ese tipo. Sin perjuicio de que haya más tipos que tengan esta envergadura, podríamos solo poner como ejemplo a los “Delitos contra la administración pública”.

También es posible hallar elementos normativos del tipo generales o implícitos, ellos no por lo general no están expresados de manera escrita en el tipo legal, sino que se derivan de las construcciones dogmáticas o de preceptos de la parte general. Así por ejemplo en los delitos del resultado la imputación objetiva del mismo a la acción del sujeto es un elemento no escrito del tipo objetivo, que por definición, tienen naturaleza normativa, con lo cual es congruente la autoría que por lo general se expresa con los términos: “el que...”, con los que comienzan muchos tipos de la parte especial, así como las formas de participación del delito (instigación, coautoría, complicidad) son también elementos normativos de los tipos (artículos 23°, 24°, y 25° del Código penal).

También se pueden clasificar según estos elementos pertenezcan al tipo objetivo o al tipo subjetivo, así serán elementos normativos del tipo objetivo los que siempre se citan al tratar el error sobre los mismos y puede valer el mismo ejemplo ofrecido para los elementos normativos explícitos, siendo también elementos del tipo objetivo los dados para los elementos implícitos. Los elementos normativos del tipo subjetivo, son el dolo y la imprudencia, así por ejemplo el *animus iniuriandi*, en el delito de injuria, artículo 130° del Código penal, en caso de que se admita que dicho elemento siga siendo

⁶⁰⁷VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, pp.314-315.

exigible, ello, a partir de una interpretación restrictiva, pero estos elementos no son de nuestro interés para los fines de esta investigación. Es posible también la clasificación clásica en, elementos normativos jurídicos del tipo son aquellos en que las normas directivas de conducta, de carácter penal, guardan relación con otras normas del sistema jurídico, y elementos normativos del tipo extrajurídicos son los que se relacionan con valoraciones.

Finalmente los elementos normativos admiten otra clase de clasificación, en elementos normativos de valor o referidos a valores, es decir, son aquellos que implican una valoración negativa⁶⁰⁸, como por ejemplo: “exhibiciones obscenas” del artículo 183° del Código penal; y elementos normativos de sentido que serían aquellos en que las normas de referencia completa el sentido de un tipo legal para su mejor comprensión, así por ejemplo: “funcionario público” art. 376° (Abuso de autoridad) del Código penal.

1.3.2.- El error de tipo y consecuencias prácticas

Antes de entrar de lleno al tema a tratar en este apartado, definiremos lo que entendemos por error, existe error cuando el conocimiento (nomológico u ontológico) del sujeto no coincide con la realidad, de manera que existe un conocimiento y falta a la realidad a la que cree referirse o existe al revés una realidad que no se conoce. Es decir que esta discrepancia entre realidad objetiva y conocimiento (defectuoso sea porque falle el contenido nomológico u ontológico) puede deberse a que el sujeto no tenía ninguna representación (ignorancia deliberada, o simple ignorancia, o error negativo) o que tiene una representación falsa de la realidad (equivocación, error positivo)⁶⁰⁹.

Tomando como base el artículo 14° de nuestro Código penal, se puede afirmar, que el error de tipo, recae sobre la concurrencia de un elemento del tipo objetivo, y sus consecuencias prácticas son la exclusión del dolo y de la imprudencia cuando se trata de un error invencible y si fuera vencible se punirá con la pena correspondiente al tipo imprudente si es que lo hubiere. Creemos que siendo coherentes con esta afirmación de carácter positivo (por encontrarse, ya la misma definición en el Código penal) que el

⁶⁰⁸DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal...*pp.79-93

⁶⁰⁹DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal...*p.140., con abundantes referencias bibliográficas, ver notas 2 a la 6.

dolo no abarca la conciencia de antijuridicidad de la conducta, sino sólo los elementos fundadores de la prohibición, esto es aquel, conocimiento que la norma de comportamiento exige del destinatario, y que de acuerdo a la norma de sanción, le exige evitar conductas desvaloradas, y por lo tanto que se comporte de modo racional. Por ello, el error de tipo lleva normalmente a lo que se conoce como un error de prohibición “razonable”, es decir, consecuente con el conocimiento erróneo de la situación típica, mientras que el auténtico, error de prohibición, o sea, el no derivado de un error de tipo es un error “no razonable”, es decir, inconsecuente con el correcto conocimiento de la concurrencia de la situación típica.

La exclusión de la responsabilidad penal por el error de tipo invencible, ha de entenderse como derivada de la exclusión del dolo y la imprudencia, es decir, como consecuencia de un supuesto de caso fortuito.

El error de tipo afecta siempre al injusto típico, dando lugar en los casos de error vencible, a un grado menor de desvalor de acción, delito imprudente en vez de doloso, o incluso a la atipicidad, en casos en que no se castiga la comisión imprudente; y, en los casos que el error es invencible, se puede establecer que se trata de un hecho fortuito, es decir, de una causa de justificación excluyente del desvalor de acción, aunque no del desvalor del resultado. Lo antes dicho, tiene importantes consecuencias, sobre todo en materia de responsabilidad civil, legítima defensa, estado de necesidad defensivo, autoría y participación⁶¹⁰.

1.3.3.- El error de prohibición y sus consecuencias prácticas

El error de prohibición que no es consecuencia lógica de un error de tipo se produce cuando un sujeto, pese a conocer todos los elementos fundadores de la prohibición, desconoce la valoración negativa y la prohibición jurídica de la conducta.

Aunque la doctrina mayoritaria considera irrelevante el error sobre la prohibición penal de la conducta (llamado error sobre la punibilidad), consideramos que el mismo puede afectar la culpabilidad del sujeto; tal relevancia, puede traducirse penalmente en una

⁶¹⁰DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal...*pp. 149 y ss.

menor punición dentro del marco punitivo previsto para el delito que se trate o incluso rebasando el límite inferior, de éste acudiendo a una atenuante analógica que puede ser muy cualificada. El error de prohibición es relevante porque afecta a la culpabilidad del sujeto que lo sufre, por lo que es rechazable la antigua idea del *error iuris nocet* entendida como irrelevancia del error de Derecho, esta distinción entre error de hecho y error de derecho se encontraba en el Código penal de 1924, la incuestionable presencia del artículo 14° del Código penal hace posible la relevancia del error de prohibición.

Ahora bien, desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad, que sostiene que el error de prohibición no excluye el dolo, sino que afecta la culpabilidad del sujeto, excluyéndola si es inevitable y atenuándola si es vencible, es la que consideramos más acorde desde el punto de vista dogmático y positivo, pues, el error de prohibición invencible hace imposible la determinación normal del sujeto individual por la norma, y el vencible merma las posibilidades de determinación, desde la perspectiva de la política-criminal, evita las lagunas de punición que provocaría la teoría del dolo de raigambre causalista, en los supuestos de error vencible de prohibición en los numerosos delitos cuya comisión imprudente no se castiga, y desde el punto de vista de su compatibilidad con el Derecho positivo peruano.

La cuestión de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición ha de resolverse de acuerdo a un baremo subjetivo, en el sentido individual o personal. Además de ello, consideramos que no debe exagerarse en las exigencias de conocimiento del Derecho del destinatario de la norma o ciudadano, ante una sociedad y un ordenamiento jurídico cada vez más complejo. El artículo 14 en lo referente al error de prohibición permite resolver de manera adecuada problemas relativos al Derecho penal accesorio o secundario de los elementos normativos del tipo, sin renunciar a la distinción en esos ámbitos entre error de tipo y error de prohibición, y entre injusto y culpabilidad por lo tanto⁶¹¹.

⁶¹¹DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal...*pp.157-178

1.3.4.-El error inverso o al revés y sus consecuencias prácticas

El error inverso de tipo se produce cuando el sujeto actúa en la creencia errónea de que concurre un elemento típico. Lo cual da lugar a una tentativa inidónea o imposible del correspondiente delito, en nuestra opinión, impune, según el artículo 17 del Código penal.

El error inverso de prohibición consiste en la creencia errónea de que la conducta que realiza está prohibida. Da lugar, si el sujeto cree que su conducta es constitutiva de delito, a un delito putativo o imaginario, el cual es impune.

En las causas de justificación o atipicidad, si el error inverso recae sobre la inconcurrencia de sus presupuestos objetivos, será un error de tipo inverso, mientras si recae sobre la inexistencia de límites de la causa de justificación, será un error de prohibición inverso⁶¹².

1.3.5.- El error sobre los elementos normativos de sentido⁶¹³

El dolo debe abarcar los presupuestos de la prohibición. Es decir ha de conocer todos los elementos típicos, en la concurrencia, en el hecho del sentido o del significado material auténtico del elemento típico. Para ello, no hace falta conocer el proceso por el cual concurre el elemento en determinado supuesto ni tampoco las reglas constitutivas de las cuales éste adquiere su sentido⁶¹⁴.

El error sobre la concurrencia en el hecho del sentido o significado material auténtico del elemento normativo es un error de tipo excluyente de dolo. El error sobre el proceso en virtud del cual concurre en el caso el elemento típico y el error sobre las normas constitutivas del mismo solo son relevantes para el dolo en tanto conduzcan al desconocimiento de la concurrencia del hecho del elemento en todo su sentido o significado material auténtico.

⁶¹²DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal...*pp.180-183.

⁶¹³PUPPE, Ingerborg, *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*, 1990, pp.89-138, en *El error en el Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

⁶¹⁴PUPPE, Ingerborg, *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*, 1990, pp.95-97.

Para el dolo no es relevante que el sujeto conozca el sentido o significado material auténtico de un elemento típico en abstracto; un error al respecto es un error de subsunción que, en ocasiones será irrelevante, otras veces conducirá a un error de prohibición y otras a un error sobre la prohibición penal de la conducta; la categoría del error de subsunción sólo resulta útil, como denominador común abreviado de otros errores, si se la delimita excluyendo de ella los supuestos de error sobre la concurrencia en el hecho concreto del elemento normativo en todo su sentido auténtico o significado material.

El ámbito del conocimiento⁶¹⁵ y el del error plantea dificultades en tres niveles, el de la decisión de qué elementos de la descripción legal pertenecen al tipo, y con ello son objeto de dolo, y cuáles no, el de la fijación del sentido auténtico de los elementos del tipo y el de la constatación procesal de lo conocido por el sujeto, que en efecto es un problema propio de la imputación subjetiva.

1.3.6.- El error sobre los elementos normativos de valor⁶¹⁶

Como se advirtió al inicio de este apartado el error sobre los elementos normativos de valor, es uno de los de más difícil elucidación. Sin embargo creemos, que dolo del sujeto tiene abarcar siempre el componente descriptivo del elemento valorativo, incluyendo sus elementos de sentido, en consecuencia el error sobre ese componente es un error de tipo. En cuanto al componente valorativo, la valoración ético-social⁶¹⁷ a la que aludíamos, el dolo no tiene que abarcar la desvaloración cuando esta no coincide con la propia desvaloración jurídica, pues ello implicaría no el conocimiento del presupuesto de la prohibición, sino la prohibición misma. En otro caso habrá que atender al sentido del elemento típico en concreto, pero, al menos en relación con los elementos valorativos utilizados por tipos que protegen intereses relacionados con la moral sexual y religiosa, creemos que la propia desvaloración ha de considerarse presupuesto de la desvaloración jurídica y, por lo tanto, de la prohibición; ello quiere decir que esa propia valoración, que es realizada por la sociedad y no por el sujeto, es

⁶¹⁵PUPPE, Ingerborg, *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*, 1990, pp.99-101., FRISCH, Wolfgang, *El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad*, pp.64 y ss., en *El error en el Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

⁶¹⁶ Sobre la distinción entre los elementos normativos de sentido y de valor, Cf. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal...*p.412.

⁶¹⁷VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, p.315.

objeto de dolo y que el error sobre la misma es un error de tipo que excluye el dolo, de alguna manera se consigue una restricción a la punibilidad en estos delitos.

II. Toma de posición respecto al concepto de dolo

1.1.- Breve referencia a las distinciones de definiciones desde el punto de vista semiótico

Desde esta perspectiva es necesario acudir a la clasificación clásica que hace Morris, según la cual la semiótica se divide en tres categorías: la sintáctica, la semántica y la pragmática⁶¹⁸.

La aproximación sintáctica es de carácter formal, en el sentido que en ella se hace una abstracción del significado y objeto de referencia de los signos, con lo cual su objeto de referencia viene a constituirse por la relación entre signos no interpretados⁶¹⁹. En tanto lo que estudia la relación entre signos que son usados en contextos específicos son las interpretaciones de carácter semántico⁶²⁰. Las definiciones en el campo propio de la pragmática, hacen referencia a una de carácter formal, para hacer referencia a los usos posibles del acto del habla; pragmática empírica, cuyo campo de conocimiento se ocupa de las particularidades comunicativas de la práctica comunicativa cotidiana; y la pragmática universal, por medio de la cual pueden identificarse condiciones universales de entendimiento, y en consecuencia queda muy ligada a la pragmática formal⁶²¹. Es mérito de Pérez Barberá⁶²² y de Molina Fernández⁶²³, haber acercado estas herramientas de la filosofía de lenguaje, de la mente, y de la filosofía de la ciencia; a sus respectivos desarrollos teóricos, como dice Umberto Eco, la semiótica es el universo humano de la

⁶¹⁸ECO, Umberto, *Semiotics and the philosophy of language*, Indiana University Press, Indiana, 1986, pp. 46-84

⁶¹⁹ECO, Umberto, *Semiotics and the philosophy of language*...p.53.

⁶²⁰Ibid., pp.43-45.

⁶²¹Ibid., p.83.

⁶²²PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...pp.655-814., en el desarrollo de su denominado metaconcepto de dolo, se basa tanto en autores de la filosofía analítica, sino también y sobre todo en autores de la filosofía de la ciencia y de la mente, pero no lo hace problematizando la cuestión, sino que son de fácil lectura para el jurista no informado en estas cuestiones, de tal manera que lo hace comprensible.

⁶²³MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*...pp.629-868, en especial este autor para fundamentar su discurso de la teoría de las normas, acude a autores reconocidos de la filosofía del lenguaje, como Austin, Ross o Searle.

cultura⁶²⁴. Más allá de la corrección de las definiciones antes expuestas, lo que nos interesa saber es cómo ellas se adecuaran a nuestra definición de dolo.

Nuestra aproximación sintáctica al concepto de dolo intentará demostrar, que en este plano el dolo no es más que una propiedad definitoria de un caso genérico, de manera más expresa, de una condición genérica en relación con una norma entendida en su sentido formal. La aproximación semántica, nos permitirá inferir que el dolo es portador de una propiedad definitoria proveniente de una norma directiva de conducta o norma de comportamiento, como señalásemos en el marco teórico de la presente investigación. La aproximación pragmática, nos permitirá demostrar, que al aplicarse esa propiedad con ese contenido, se hace algo, y se especificará que se hace.

1.2.- El concepto de dolo desde un punto de vista sintáctico⁶²⁵.

Desde el punto de vista sintáctico, el dolo es una propiedad de un caso genérico. El dolo no es, algo a ser subsumido, sino algo que contribuye a lo que ha de ser subsumido en un caso individual; no integra la premisa menor sino la premisa mayor del silogismo práctico. En síntesis: no forma parte de un caso individual sino del caso genérico.

El dolo entonces no puede ser un hecho psíquico, ni físico, ni institucional, tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un juicio adscriptivo, en el sentido de Hruschka. Pues dolo no es una propiedad empírica que se atribuye a una persona, sino una propiedad normativa que caracteriza al presupuesto abstracto previsto en una norma primaria como condición para su aplicación de una solución determinada.

Lo que se le atribuye a una persona en un proceso penal⁶²⁶, es la posesión de determinados datos psíquicos al momento de la acción, v.gr., conocimiento, intención, en general actitudes internas (tal como lo hemos analizado en las teorías eclécticas). Todas estas características o indicadores (como lo sostienen las tesis integradoras) son útiles siempre y cuando el concepto semántico de dolo como propiedad definitoria de ese caso genérico permita considerar a tales datos relevantes o irrelevantes, como la

⁶²⁴ECO, Umberto, *Semiotics and the philosophy of language*...p.83

⁶²⁵PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...pp.643-646.

⁶²⁶HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I., "Racionalidad de la acción y racionalización social", cuarta edición, Taurus, Madrid, 1999, pp.353 y ss.

ausencia de conocimiento, y otros datos empíricos que no dicen nada acerca de la presencia de dolo.

1.3.- El concepto de dolo desde el punto de vista semántico⁶²⁷.

Como apuntáramos líneas arriba desde el punto de vista semántico, corresponde dotar de una propiedad tanto al dolo como a la imprudencia, saber que datos pueden ser subsumidos bajo estas propiedades. En el marco teórico adelantamos dos ideas que nos servirán para definir las propiedades de dolo e imprudencia. Sostuvimos que desde la perspectiva de la teoría de las normas (el binomio: normas de comportamiento/normas de sanción), todos los delitos tienen la misma estructura. En efecto dolo e imprudencia comparten la misma estructura normativa, ambas, desde el punto de vista sintáctico formal, tienen su origen en una norma de comportamiento, la diferencia quizás estribe en el deber al que está obligado a cumplir el destinatario, tanto en el delito doloso como imprudente ambos destinatarios tienen que cumplir con el deber general prescrito en la norma directiva de conducta y por lo tanto tienen el deber de evitar la realización del resultado, sin embargo, ya el ordenamiento jurídico ha previsto una infracción de deber de cuidado, que no es otra cosa que admitir que la previsibilidad objetiva del autor imprudente ha de ser atenuada. Esto no obsta para que las normas de sanción motiven a sus destinatarios a evitar la realización de lesiones contra bienes jurídicos determinados.

También, en el marco teórico admitimos que no es posible hacer una distinción cualitativa entre dolo eventual, en nuestra opinión dolo básico, e imprudencia consciente, sostenemos que la diferencia sólo puede ser de gradualidad, es decir una relación de (*plus-minus*), esto resulta de la imposibilidad de aplicar una fórmula que haga posible su distinción cualitativa o de *aliud*, como veremos al tratar la teoría de la probabilidad, está sólo puede ser aplicada en nuestra disciplina en el modo indicado, como instrumento para hacer posible la distinción de grado entre dolo e imprudencia.

Al campo semántico le corresponde definir el dolo, y toda definición es interpretable. Es necesario hacer tres advertencias: 1) definir el dolo importa también definir la imprudencia; 2) la definición de dolo que aquí se ofrece es la definición del dolo básico, o sea, del dolo eventual; 3) aquí se habla de una definición del “concepto de dolo” la

⁶²⁷PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...pp.646-674.

cual es equiparable a lo que el dolo hace referencia, es decir, al denominado: “concepto-objeto”

1.3.1.- ¿Qué debe entenderse por dolo e imprudencia?

Parra arribar a estas definiciones, es preciso referirnos a las observaciones de la *ratio legis*, que como pudimos apreciar en el marco teórico, la mayor punibilidad de las conductas dolosas respecto a las imprudentes, hallaban su fundamento en el mayor desvalor de acción y de resultado que producía la infracción dolosa, ello basado en el principio de responsabilidad subjetiva y el principio de culpabilidad proscrito en el artículo VII, del título preliminar, y en cuanto los fines del derecho penal en tanto las normas, tutelan bienes jurídicos, también inferimos que la *ratio legis*, se fundamenta en el principio de lesividad, prescrito en el artículo IV, del título preliminar, pues sólo un comportamiento que tenga aptitud lesiva, *ex ante* (puesta en peligro de bienes jurídicos) o aquél genere la lesión del bien jurídico, realizando el hecho punible desvalorado, puede ser objeto de pena. De allí que algún sector de la doctrina considere, al hecho doloso, como portador de mayor conmoción social⁶²⁸, cuando no necesariamente es así, pues un hecho imprudente, puede generar un hecho desvalorado que origine, incluso mayor conmoción social. Conforme a ello, queda claro que la intensidad comunicativa (en tanto en una relación normativa, existe una comunicación intersubjetiva, en síntesis: norma-comunicación) de la conducta que se aparta de una norma directiva de conducta, es más alto, cuando desde un punto de vista objetivo, mejor puede preverse el resultado. (el apartamiento de una norma directiva de conducta, equivaldría a la realización del tipo)

De acuerdo, a lo dicho con anterioridad, resultan las definiciones de dolo e imprudencia que se defienden en la presente investigación: *dolo es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta; imprudencia es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de conducta*. Esta es una definición de los parámetros normativos tácitos que se desprenden de las diversas teorías que han

⁶²⁸FEIJÓO, Bernardo, *El dolo eventual*....p.14.

tratado de diferenciar ciertos datos empíricos dándoles relevancia normativa, de manera que el dolo “normativo” no es una novedad en el panorama de la doctrina contemporánea.

Por eso aludíamos en nuestro marco teórico que: *la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia ha devenido en un problema debido a que las diferentes teorías que han tratado de conceptualizar ambas categorías las han identificado con datos físicos, psíquicos y empíricos, lo cual no ha hecho posible una distinción clara a nivel conceptual; y ello ha repercutido directamente sobre la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*⁶²⁹.

Las consecuencias prácticas de esta definición, es que el juez al momento de aplicar las normas de sanción, tiene que determinar (probar), si el imputado al momento de la acción, se encontraba o no en una situación objetivamente privilegiada respecto a la posibilidad de prever su apartamiento de una norma directiva de conducta. Si el resultado es afirmativo, habrá dolo; de lo contrario, habrá imprudencia si la misma norma de comportamiento así lo estipulase, o la acción será reputada como jurídico penalmente irrelevante.

Sin embargo es de advertir que la definición de dolo e imprudencia está sujeta a un margen de imprecisión, debido a los conceptos que se han definido, pero entendemos que es un problema de carácter general que proviene del lenguaje natural. Advierte Roxin, con razón que respecto a la cuestión material, tanto en la conceptualización del dolo eventual como en todos los conceptos jurídicos, “es inevitable que quede una inseguridad residual”⁶³⁰.

1.3.2.- Distinciones entre conocimiento, creencias y representaciones

En el marco teórico adelantamos que la racionalidad desde la perspectiva de la teoría de las normas proviene del mismo sistema por ellas conformadas, de tal manera que una conducta será reputada como racional, en tanto esta se encuentre conforme a

⁶²⁹Baste leer, el “consenso divergente” del que habla RAGUES I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 83 y ss.

⁶³⁰ ROXIN, PG, p.447.

Derecho⁶³¹. Ahora bien, desde esta perspectiva sólo se puede reputar la racionalidad o irracionalidad respecto a conocimientos, creencias, y representaciones.

Para los fines de esta investigación: “conocimiento” es únicamente saber verificado racionalmente, a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo que se trate y propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles⁶³², solo en estos casos se puede decir que el sujeto sabe. La “creencia justificada”, en el sentido expresado para la voz: “conocimiento” es también considerada como conocimiento.

La creencia, en cambio es la convicción no verificada, sea racional o irracional, acerca del estado de cosas. Será racional si se conforma a partir de marcos equivalentes a los que generan el conocimiento. La representación es la activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto, y que por lo tanto no puede tener duración.

Para concluir, solo el conocimiento detenta el carácter de racional, la falta de conocimiento, así como la ausencia o falta de representación pueden ser de carácter racional o irracional.

Estas precisiones toman sentido cuando en la doctrina contemporánea un autor como Frisch hace una distinción entre conocimiento y representación, y niega que la representación por sí sola pueda fundar el dolo⁶³³.

1.3.3.- La corrección axiológica de las definiciones

Conforme a los puntos de partida de la presente investigación, quien irracionalmente no prevé, axiológicamente actúa, desde un punto de vista objetivo, de manera no menos reprochable, al menos no en una medida relevante, que quien prevé racionalmente. Por el contrario, actúa con menos reprochabilidad quien no prevé racionalmente o quien prevé irracionalmente. A mayor intensidad comunicativa del apartamiento de norma

⁶³¹ De similar opinión, PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.107.

⁶³² WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988, n°66.

⁶³³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual...*pp.523-561., Vid. Supra, *La tesis de Frisch*.

directiva de conducta, mayor reproche objetivo; entendiéndose a reproche objetivo como capacidad comunicativa intersubjetiva suficiente para infringir una norma de comportamiento.

Las definiciones recién dadas sobre dolo e imprudencia son coherentes con estas estipulaciones axiológicas⁶³⁴. Pues tanto quien actúa conociendo racionalmente (previsibilidad objetiva) como quien no lo hace no conociendo irracionalmente (algunos casos de ceguera ante los hechos y de ignorancia deliberada) se encuentran objetivamente en una posición privilegiada de poder prever el apartamiento de una norma de comportamiento que quien actúa no conociendo racionalmente o quien lo hace conociendo irracionalmente. De acuerdo con lo definido, el primer y el segundo supuesto merecen calificarse como dolosos, y el tercero, y el cuarto a lo sumo como imprudentes.

1.3.4.- Elucidación de los términos de las definiciones

1.3.4.1.- *Diferencia graduable entre dolo e imprudencia*

Como se adelantara en el presente trabajo de investigación se sostiene que una puede haber una diferencia cualitativa entre dolo e imprudencia, siendo esta sólo de gradualidad.

El dolo es un reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma privilegiada un apartamiento de una norma directiva de conducta; imprudencia es un reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma atenuada un apartamiento de una norma directiva de conducta.

Ahora bien, hay que tener en claro que todo esto lo sabemos solo a través de una aproximación semántica de las propiedades sintácticas, “dolo”, “imprudencia”, es decir, dolo e imprudencia no son propiedades complementarias.

Ingresando al campo semántico se podría afirmar que dolo e imprudencia son propiedades empíricamente no independientes, pues una, imprudencia, es condición

⁶³⁴Cf. Nuestro ordenamiento positivo, artículos 11°, 12° y 14° del Código penal.

necesaria, pero no suficiente de dolo, y porque el dolo es condición suficiente, pero no necesaria de imprudencia; esto lo que en el fondo subyace entre ambos conceptos, en efecto, hay una relación gradual, pero debe insistirse que estas reglas de correspondencia sólo son posibles en el campo semántico.

En el plano sintáctico en tanto propiedades independientes, la relación entre dolo e imprudencia es de *aliud*, pero en el sentido muy específico que se trata de propiedades lógicamente independientes. Entonces el término *aliud* no es sinónimo de “clasificadorio”, pues este último presume de una relación empírico conceptual, no en puridad lógica⁶³⁵.

En síntesis: empíricamente (semánticamente) dolo e imprudencia son conceptos que, entre sí, se relacionan también de modo comparativo, por lo tanto la relación será de modo *plus-minus*.

1.3.4.2.- ¿Qué debe entenderse como reproche objetivo?

En las definiciones de dolo e imprudencia, importa un reproche objetivo a una acción jurídico penalmente relevante. Que se trate de un reproche quiere decir que se trata de un juicio de valor⁶³⁶. Y que se trate de un reproche objetivo quiere decir dos cosas: en primer lugar que se trata de un reproche fundado en una norma de sanción y no en un parecer subjetivo individual, el emisor del reproche es el propio sistema jurídico (legislador). Y en segundo lugar quiere decir que el objeto del reproche es una acción y no un autor. El reproche individual queda reservado para otro estadio como el de la culpabilidad.

En la dogmática penal se ha afirmado que la tipificación de una determinada conducta como prohibida importa ya una valoración negativa por parte del legislador⁶³⁷. Esto es cierto como lo hemos podido comprobar al tratar sobre la teoría de las normas, pero lo que nos interesa en este punto es la valoración del juez tras su comisión. Si el dolo y la imprudencia tienen su lugar sistemático en el tipo, es entre otras cosas porque

⁶³⁵Cuando Puppe y otros autores emplean la expresión “lógico-conceptual” generan confusión. Porque lo conceptual presume una base empírica y esto es lo que en el plano lógico se prescinde, Cf., PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*pp.33 y ss.

⁶³⁶RAGUES I VALLES, *El dolo...*pp.369 y ss.

⁶³⁷ROXIN, PG, pp.281-283.

precisamente a través de esas categorías puede reconstruirse el juicio de valor objetivo mediante el cual se contrasta el contenido comunicativo de la conducta desvalorada con el contenido del apartamiento de la norma directiva de conducta. Ello implica determinar si la conducta fáctica se corresponde o no con una norma directiva de conducta objetivamente válida. En el caso que se corresponda el juicio de valor será positivo, caso contrario, será un juicio de valor negativo, a este juicio de valor negativo se le designará “reproche”.

Un reproche es por lo tanto, un juicio de valor con un contenido específico, se expide negativamente sobre lo que valora. Y en su acepción negativa, significa, nada más que “contrario a una norma directiva de conducta” (objetivamente válida). Todo “reproche objetivo” es, por definición un juicio de valor normativo, pues siempre se funda en alguna clase de norma (jurídica, moral, estética, etc.)

Ahora bien, el “objeto de dolo” el cual a su vez es objeto de reproche objetivo, está conformado por todas aquellas circunstancias fácticas (datos empíricos): psíquicas, físicas, institucionales, etcétera; ya que todo concepto ha de tener una base empírica. Todos estos datos empíricos conforman la acción del sujeto que se aparta de una norma directiva de conducta. Coincidimos en parte con la tesis de Pérez Barberá, en el aspecto en que le otorga datos psíquicos especial relevancia para su conformación de lo que él denomina “metaconcepto de dolo”⁶³⁸, lo que para nosotros en puridad no es más que un “método operacional” que contribuye a una aplicación correcta de los supuestos de casos de dolo e imprudencia, sobre todo en los casos limítrofes⁶³⁹.

Ahora bien, también debe ser tomado en cuenta el peligro creado por la acción, éste criterio también es objeto de dolo, sobre todo por la trascendencia que ha tenido en los últimos años, en los autores de la denominada: “teoría del riesgo”; tratadas en el capítulo III.

.

1.3.4.3.- Perspectiva ex ante, previsibilidad objetiva y la innecesaridad de los conocimientos especiales

⁶³⁸PÉREZ BARBERÁ, El dolo eventual...pp.678-815

⁶³⁹Sobre la valoración global de la tesis de Pérez Barberá, Vid. supra., *La tesis de Pérez Barberá. Valoración global*

En la dogmática del dolo y de la imprudencia contemporánea lo que interesa, estando ya establecida la existencia de un peligro jurídico penalmente-relevante así como en su entidad, que como vimos es mensurable, y realización es objetivamente previsible o que la previsibilidad de esa realización es objetivamente posible, es determinar la intensidad de esa posibilidad objetiva de previsión. En estos supuestos la previsibilidad objetiva, tiene la potencia conceptual suficiente para determinarlos, sin embargo para dotar de mayor “fuerza” al parámetro normativo de la previsibilidad objetiva, es necesario dotarlo con otros criterios coadyuvantes.

El juicio de la previsibilidad objetiva, tendría que estar dotado por la entidad del peligro de la acción y los datos psíquicos que se presenten en un caso concreto, nada obsta para que la previsibilidad objetiva tome en cuenta estos datos ónticos.

Ahora bien, un juicio de peligro jurídico penalmente relevante, puede ser generado sin que concurren conocimientos especiales por parte del autor, los ejemplos abundan en los manuales y tratados de Derecho penal. Lo que queremos resaltar es que los conocimientos especiales son innecesarios ya que atribuyen conocimientos que no necesariamente son los que posee el autor y esto genera indeterminación respecto al caso concreto.

Buena parte de la doctrina afirma que a través de la previsibilidad objetiva, se logra que los conocimientos especiales deban recibir un tratamiento diferente de las capacidades especiales, así se pueden dar supuestos de casos en que si un sujeto omite emplear sus “conocimientos especiales” no prevé la producción del resultado del tipo, habría infracción del deber de cuidado en virtud que existiría la previsibilidad objetiva y pese a ello no se ha previsto la realización del tipo, así, por ejemplo, el caso de un equipo médico, que ha desarrollado una técnica de detección de anomalías en un determinado tipo de operaciones, que todavía no era conocida por los especialistas de esa rama y que por no utilizar dicho aparato no prevé la realización del tipo, originándose con esto la muerte del paciente, en este supuesto se trataría de una imprudencia inconsciente.

La fórmula de la previsibilidad objetiva⁶⁴⁰, usada en tesis externalistas, dota al hombre medio, de los conocimientos especiales del autor concreto, por tanto aquí la tesis del observador ficticio, decae y carece de sentido, así como los “conocimientos especiales” de los que se les dota. No se puede imputar conocimientos que no son accesibles al destinatario de la norma directiva de conducta.

Nos parece que la previsibilidad objetiva usada dentro de las tesis internalistas, como la que defendemos, está de acuerdo con la propuesta de un sector de la doctrina es uniformizar los conocimientos especiales y las capacidades especiales, y en caso se les quiera dar alguna relevancia deben ser tratados en la culpabilidad, y no como criterio para fundar el dolo⁶⁴¹

1.3.4.4.- Previsibilidad objetiva, privilegiada o atenuada

El grado de evitabilidad y con ello de intensidad comunicativa del hecho en contra de la norma directiva de conducta, determina en mayor o en menor grado la previsibilidad objetiva del apartamiento de la norma de comportamiento. Si la capacidad de evitación es privilegiada, habrá dolo, si es atenuada, habrá imprudencia⁶⁴². En el concepto de dolo e imprudencia propuesto, no interesa lo que el autor se representa, sino el juicio objetivo sobre la capacidad de evitación. Lo que el autor se represente, será en todo caso un dato empírico entre otros cuya relevancia para la concurrencia del dolo se determinará objetivamente, a través de un “modelo operacional” como el usado por las teorías integradoras, o por Ragués i Vallés⁶⁴³ o por Pérez Barberá⁶⁴⁴, pues la representación del autor, debe ser contrastada y sometida a un juicio de relevancia, en donde algunos datos empíricos (indicadores) anulan a otros.

⁶⁴⁰ MAZUELOS COELLO, Julio, *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*, en Anuario de Derecho penal 2003, Monográfico sobre aspectos fundamentales de la Parte general del Código penal peruano, Lima, 2003. Aquí se explica con claridad las diversas concepciones sobre los conocimientos especiales, particularmente interesante lo referente a la previsibilidad objetiva, pp.16-19.

⁶⁴¹ En contra de este criterio y afirmando que los conocimientos especiales podrían fundar el dolo. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*p.673.

⁶⁴² Sobre la pertinencia del criterio de evitabilidad individual: GARCÍA CAVERO, Percy, *Imputación subjetiva*, pp.15-28., KINDHÄUSER, Urs, *¿Qué es la imprudencia?*, pp.31-46., en *La imputación subjetiva*, AA.VV., Ara, Lima, 2012.

⁶⁴³ Vid. supra. La tesis de Ragués i Vallés.

⁶⁴⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.715-815.

Al analizar la tesis de Puppe, ella afirmaba: “no es el autor a quien le compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al Derecho”⁶⁴⁵, afirmación que es congruente con nuestro punto de partida. Pero el problema surge cuando afirma que el derecho no se inmiscuye en las representaciones del autor si no que las toma como viene. Estamos de acuerdo con la postura doctrinaria, no sólo sostenida por Puppe, en que al autor en tanto sea consciente de una determinada situación fáctica, esa situación fáctica será valorada según parámetros objetivos del Derecho, no según los parámetros subjetivos del autor. Sin embargo, se crea una laguna de punibilidad, frente a los casos de ceguera ante los hechos, o ignorancia deliberada, sea por móviles egoístas o de otra índole; en donde el sujeto no se representó nada, entonces queda excluida la punibilidad a título de dolo. Creemos que en estos supuestos, corresponde al juez, estimar si el sujeto ha salido perjudicado por su propio accionar y se tendrá en cuenta una pena natural como eximente o como atenuante. Sin embargo, debemos reconocer que esta idea no es aceptada por nuestro derecho positivo, por el principio de equiparar la punibilidad de un tipo imprudente con el de pena natural; pero si el sujeto pudo prever objetivamente el apartamiento de una norma directiva de conducta, es decir, actuó con dolo, entonces las consecuencias accesorias que ocurran de ése hecho carecen de valor desde un punto de vista normativo como el aquí sostenido⁶⁴⁶.

Ello es así precisamente porque la intensidad del reproche, depende de manera directa de la intensidad comunicativa de la acción u omisión en contra de una norma de comportamiento. Y esto no es más que el correlato de considerar que no puede decidirse desde el punto de vista del autor, sino del Derecho, es decir, los efectos de una infracción a una norma directiva de conducta quedan establecidos a partir de una relación normativa completa en donde la norma de sanción reacciona frente al apartamiento de la norma de comportamiento, la cual se produce de acuerdo a la naturaleza comunicativa de carácter intersubjetivo, esto es así por la propia estructura del sistema normativo, autorreferencialmente constituido.

Hasta aquí creemos haber agotado, la definición de dolo e imprudencia desde un punto de vista semántico.

⁶⁴⁵PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.94.

⁶⁴⁶De similar opinión FEIJÓO, *El dolo eventual...*p.137.

Desde un punto de vista pragmático: *el dolo no describe ni explica; sino enjuicia.*

2.1.-La viabilidad de un método operacional para los conceptos disposicionales⁶⁴⁷.

La metodología operacional, o, simplemente método operacional, tiene como finalidad definir los datos empíricos. Los datos empíricos a los que se alude, es decir, aquellos para los que resulta útil o adecuado el método operacional, son especialmente para las “disposiciones” o “conceptos disposicionales”. Estos se caracterizan en primer lugar por no ser observables, y en segundo lugar, por tener la propiedad de manifestarse observacionalmente a través de síntomas o reacciones ante una determinada operación, por lo general un test o un estímulo.

Dentro del marco del método operacional, se afirma que las disposiciones son propiedades que caracterizan a objetos o ciertos aspectos de la persona, como por ejemplo: la inteligencia o la falta de ella; ambas propiedades no son susceptibles de ser observadas, pero es posible comprobar su existencia a partir de determinadas reacciones o síntomas sí observables que el objeto o la persona en cuestión si manifiestan, sea por un estímulo provocado o por testeo.

Respecto a las operaciones en cuestión, para salvaguardar la objetividad de la ciencia, se exige que tales operaciones sean intersubjetivas, en el sentido de que observadores diferentes deben poder realizar la misma operación con razonable acuerdo en sus resultados.

En otras ocasiones el estímulo no es provocado por nadie, sino que proviene del sujeto que posee la disposición o de factores determinantes ajenos a él. Esto es lo que sucede, por ejemplo con algunas enfermedades: fiebre, una determinada clase de catarro y una determinada clase de sarpullido, o también con ciertos hábitos o tendencias: si se observa que A fuma con frecuencia, se podrá decir que A es un fumador.

En casos como el del fumador o el del sarpullido, se cuenta con expresiones o vocablos relativos a episodios (indicadores) que nos permiten inferir ese tipo de disposiciones.

⁶⁴⁷PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.730-744

Pero debe tenerse siempre la precaución de no cometer el error que cada disposición tiene un episodio o indicador correlativo. Así, palabras como “saber”, “creer”, “confiar”, remiten a múltiples episodios posibles (contingentes), pero ninguno de ellos es un “acto de saber”, un “acto de creer” o un “acto de confiar”. No hay “estados de sapiencia” o de creencia o de confianza. Alguien que “sabe” construir una casa, no será visto “sabiendo”, sino colocando un ladrillo encima de otro; alguien que confía en su puntería, no será visto “confiando”, sino apuntando cuidadosamente.

De esta manera se puede inferir que hay enunciados para episodios y enunciados para disposiciones; referirse a un episodio con un enunciado disposicional, y viceversa, importa cometer un error categorial. Se puede decir: “A está arreglando su bicicleta”, pero no “A está poseyendo su bicicleta”. Es por esta razón que los enunciados disposicionales no tienen carácter fáctico, sino que su estructura se asemeja a los enunciados legales, porque son condicionales e hipotéticos, aunque solo se trata de una semejanza, pues está claro que las disposiciones, en tanto se refieren a fenómenos individuales (ontología), no son leyes.

Sin embargo, esta negativa a concederle carácter fáctico a las disposiciones debe ser rechazada. Las disposiciones por ser propiedades no pueden ser causales, pero ello no impide considerarlas hechos, al menos en el sentido de “dato constatable empíricamente”. Y, si la constatación empírica es posible, entonces puede haber proposiciones relativas a disposiciones que sean verdaderas o falsas, lo que conlleva a aceptar que lo que puede ser descrito mediante una proposición verdadera es un hecho. Por ejemplo, el hecho “A sabe”, entonces “A sabe” es una proposición verdadera por tanto un hecho.

Admitir esto, significa admitir la tesis de Ryle⁶⁴⁸, derivada de la crítica al dualismo cartesiano (mente/cuerpo), según la cual las disposiciones no son hechos externos ni internos, por lo tanto las disposiciones no son hechos, pues lo cierto es que pueden ser constatadas empíricamente, a través de procesos inferenciales y no por observación directa.

⁶⁴⁸Ibid., p.734, nota 274.

Entonces, ¿en qué se diferencia este método de otros métodos empíricos de verificación? La diferencia estriba en que el operacionalismo define a partir de términos observacionales, mientras que, por ejemplo, el empirismo radical define mediante esa clase de términos.

La idea básica del operacionalismo, es el de contrastar reacciones observables, y estas pueden tener un sentido positivo o negativo, dependiendo de las operaciones que se hagan dentro de un sistema.

Así, por ejemplo, los estados mentales son conceptos disposicionales: “conocer”, “querer”, “creer”, “tomar en serio”, “tener la intención”, “ser indiferente”, “confiar”, “consentir”, “aprobar”, “contar con”, etcétera, son todos conceptos disposicionales, porque no son observables, pero se manifiestan mediante reacciones observables. Se trata de términos teóricos, esto es términos no observacionales. Por lo tanto, el operacionalismo está en condiciones de hacer contrastaciones empíricas intersubjetivamente discutibles (esto es en el ámbito propio de un proceso penal), en la fundamentación de la prueba de esta clase de hechos⁶⁴⁹.

Como se ha podido apreciar la multiplicidad de indicadores o episodios posibles a partir de los cuales puede afirmarse la existencia de disposiciones como los estados mentales, se sostiene que para esta clase de conceptos disposicionales, no hay un indicador común, ni un conjunto de indicadores que puedan valer como condición suficiente ni como condición necesaria para su prueba. Ello, es cierto, pero trivial, pues se relaciona con el carácter probabilístico que caracteriza toda conclusión relacionada con la prueba de los hechos.

Para el proceso penal, pues, lo “suficiente” en orden a una conclusión probatoria es que se logre una exclusión de hipótesis alternativas relevantes (principio de razón suficiente), con ello, el supuesto riesgo inevitable de una condena errónea por no ser posible asegurar con certeza los hechos probados en el proceso penal haya realmente acaecido en la realidad. Para un sector de la doctrina que acude al observador omnisciente, para establecer sus conclusiones procesales, el riesgo de condena errónea

⁶⁴⁹Ibid., pp.735-738.

es inevitable. Sin embargo, en esta materia basta con las afirmaciones que constan en actas y con las audiencias orales desarrolladas en el procedimiento. Esta es la única “realidad” relevante para el proceso penal, y conforme a ello, no tiene sentido distinguir entre “hechos probados” y “hechos realmente acaecidos”. En todo caso la ley procesal prevé las instancias recursivas pertinentes (apelación, casación, revisión), ante la eventualidad que se constate la falsedad de los hechos tenidos por probados por él. Y a través de ello se le brinda al imputado la posibilidad de reducir al máximo una condena errónea.

Queda claro que toda inferencia relacionada con las disposiciones puede ser refutada a partir de su sujeción a contrapruebas (contraestímulos), que demuestren que en verdad, el dato disposicional en discusión no puede inferirse de los datos observables disponibles. Lo importante de todo esto es que demuestra que las disposiciones psíquicas pueden ser objeto de prueba empírica, es decir no solo es posible probar un episodio o indicador: “A apuntó cuidadosamente...” sino también la disposición: “A confiaba”.

Algunas de las reglas de Ragués i Vallés, pueden, ser reconstruidas conforme a los puntos de vista seguido en el método operacional. Pero en este método operacional, no se trata, como cree Ragués, de la inferencia, a partir de reglas deónticas (normas jurídicas en sentido estricto), de aquellos conocimientos que en función de ciertas pautas generalmente generalizadas⁶⁵⁰, se presume, legal o jurisprudencialmente, que un sujeto debe poseer, y que por tanto se le adscriben. Esta forma de proceder, muy emparentada con el sistema de prueba legal, importa en la práctica introducir presunciones de dolo en el proceso penal, y en consecuencia resulta ilegítima desde el punto de vista de un Estado de Derecho, tal como en su momento fuese advertido por Hruschka⁶⁵¹.

Cuando se trabaja la llamada prueba indiciaria o indirecta, que es la que se usa para la prueba de los estados mentales, se aplica implícitamente, el método nomológico-

⁶⁵⁰RAGUES I VALLES, *El dolo...* pp.357 y ss.

⁶⁵¹HRUSCHKA, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p.187.

deductivo de explicación científica en su versión probabilística⁶⁵², vía inducción se obtiene, una conclusión fáctica probable a partir de un determinado grado de probabilidad de apoyo que brindan las premisas igualmente fácticas de las que se parte. Es cierto que, entre las premisas hay al menos alguna que no es fáctica pues contiene una norma (por eso el método es nomológico deductivo). Pero no se trata propiamente de una “norma deóntica” como cree Ragués i Vallés, y por eso denomina como normativa a su concepción, es decir no se trata de una norma jurídica, ni social, ni moral. Se trata de una generalización empírica, que en cuanto tal genera una norma o ley de esa naturaleza, al estilo de todo cuerpo en contacto con el calor se dilata, se trata entonces de una ley causal, o una ley teleológico-probabilística: “toda persona que quiere aprobar un examen se prepara para ello. Las llamadas “reglas de la experiencia”, con los cuales Ragués i Vallés identifica a sus criterios de atribución de conocimiento⁶⁵³, son en estricto leyes pirobalísticas, o teleológico-probabilísticas (según el caso) y por tanto empíricas, en el sentido que no contienen un operador deóntico, sino, generalizaciones fácticas de distinto grado o índole, causal o probabilística. De allí que tomar en cuenta las premisas a partir de las cuales se obtiene una determinada conclusión respecto a lo que una persona conoce no importa “normativizar” dicho procedimiento, quien emplea reglas de la experiencia para la prueba de los hechos no abandona la metodología inferencial de carácter empírico.

El enfoque, aquí utilizado parte de la base de que la prueba de conocimientos y otros datos psíquicos se obtiene a partir de un método empírico de verificación, de datos que realmente caracterizan acciones de personas. No hay “adscripción” alguna sino propiedades disposicionales de índole psíquica, mediante las cuales se hacen cosas y se da sentido a lo que se hace, y siempre a partir de las circunstancias particulares de cada caso concreto. Por este motivo resulta equivocada la afirmación, según la cual, no existen actualmente métodos científicos o de otra índole que permitan la plena constatación, de los estados mentales⁶⁵⁴. Conforme a este punto de vista, los fenómenos psíquicos serían algo oculto “en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano”.

⁶⁵²GARCÍA CAVERO, Percy, *La prueba indiciaria*, Ara, Lima, 2011, pp.73-79., donde se infiere de cada categoría del delito, los indicios a ser probados.

⁶⁵³RAGUES I VALLES, *El dolo...* pp.189 y ss.

⁶⁵⁴RAGUES I VALLES, *El dolo...* p.357.

2.2.- El método operacional de Pérez Barberá, su denominado “metaconcepto de dolo”⁶⁵⁵

En la construcción de su método operacional, recurre a una hipótesis de relevancia donde establece reglas para la subsunción de un caso individual a un caso genérico de dolo; en donde los datos físicos, deben ser considerados relevantes todos aquellos que conforman el caso; respecto de los datos psíquicos, o estados mentales, sólo deben ser considerados relevantes aquellos que quepa reputar epistémicamente racionales. De esta hipótesis de relevancia se infieren, dos reglas específicas⁶⁵⁶

1.- Para que un dato empírico, psíquico o físico, pueda ser relevante en este contexto, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal. (...) así, por ejemplo, la entidad del peligro inherente a la acción, su inminencia, el hecho que no esté cubierto o asegurado, entre otros, son datos empíricos que, llegado el caso, pueden influir para determinar si la posibilidad de previsión del apartamiento de la regla es privilegiada o atenuada⁶⁵⁷.

2.- La segunda regla de relevancia, establece que “si un estado mental es epistémicamente racional, entonces él es relevante y debe tomarse en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad, en el que se funda, el reproche, doloso o imprudente, según sea el caso⁶⁵⁸. Desde esta perspectiva, lo racional o irracional se determina por el criterio según el cual es irracional aquella génesis de un estado mental o explicación de una determinada relación entre sujeto y mundo que supone “una pretensión o manifestación objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistémico que se trate”⁶⁵⁹; no pudiendo identificarse sin más confianza excesiva como confianza irracional⁶⁶⁰.

Pero que sucede con los casos en los que el sujeto crea un riesgo cualificado (elevado), y sin embargo lo ignora de forma deliberada, como los casos de ceguera ante los

⁶⁵⁵PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.745-815.

⁶⁵⁶Ibid., p.752.

⁶⁵⁷Ibid., pp.752-754.

⁶⁵⁸Ibid., p.755.

⁶⁵⁹Ibid., p.767.

⁶⁶⁰Ibid., p.758.

hechos, debe dar lugar según el autor a una imputación dolosa, pese a la amenaza de una pena natural, esto es el temor por la propia vida, la entidad del peligro determina la hipótesis de probabilidad, y en consecuencia cabría admitir que la previsibilidad objetiva del resultado, al momento de la acción, era objetivamente privilegiada, por lo tanto convergería el dolo⁶⁶¹.

Consideramos que la solución es correcta y el método operacional de Pérez Barberá se muestra como óptimo.

Sin embargo queda una cuestión abierta: ¿Los datos empíricos pertenecen al ilícito o a la culpabilidad? El autor, absuelve esta cuestión del siguiente modo: (...) no son los posicionamientos internos los que comunican, sino las acciones, esto justifica el tratamiento diferenciado del dolo y la imprudencia por un lado, y el de la culpabilidad, por el otro. En términos muy generales se puede decir que no se es culpable por el apartamiento de la regla, sino por estar en desacuerdo con ello, o, si se está de acuerdo, por no haberse realizado el esfuerzo suficiente para actuar conforme a la regla.

Todo ello, no habla en favor de que el dolo tenga una “doble posición”, en el tipo y en la culpabilidad. Antes bien, deja en claro que tanto el concepto de dolo como el de culpabilidad se interesan en ocasiones en los mismos estados mentales (datos empíricos), los cuales, con todo, tienen repercusiones normativas diferentes en función del marco teórico de cada concepto. Es obvio que la tesis de la doble posición del dolo presume un concepto de dolo identificado con estados mentales, y en consecuencia, es completamente incompatible con la concepción que aquí se defiende. Podría hablarse, en todo caso, de múltiple (no sólo doble) relevancia del conocimiento, de la voluntad, etcétera, pero no de dolo.

En esta investigación, sin embargo, la cuestión relativa al puesto sistemático del dolo ha de quedar abierta por exceder sus límites, al menos en cuanto una fundamentación detallada. Pero el énfasis puesto en este trabajo en la diferencia comunicativa entre dolo e imprudencia y el rol especialmente comunicativo atribuido al tipo penal, pone en

⁶⁶¹Ibid., p.781.

evidencia que el lugar sistemático para ambas categorías tiene que estar dentro del ilícito, en particular en la tipicidad.

De lo dicho no debe inferirse, por lo demás, que la concepción aquí defendida, por importar una objetivación del concepto de dolo, implica también la objetivación de la responsabilidad penal, o una suerte de retorno a la responsabilidad objetiva del derecho penal. Nada más lejos de ello. Ya las reglas de la llamada teoría de la imputación objetiva, que aquí se acepta materialmente, impiden tal retorno, en un momento sistemático incluso previo al tratamiento de la problemática del dolo. Y además debe recordarse que el principio de culpabilidad estricta, en el sentido específico de *nulum crimen sine culpa*, desde siempre se ha interpretado como inviabilidad de pena sin al menos dolo e imprudencia, según el caso; esto es: sin al menos la concurrencia de un conglomerado de hechos que puedan subsumirse en aquello que-desde el derecho y por tanto normativamente- se entiende por dolo y por imprudencia.

Y estos conceptos no tienen por qué ser identificados con estados mentales o datos psíquicos.

Eliminar el llamado “elemento subjetivo del delito” en tanto elemento, no importa, pues, ninguna herejía material en lo que atañe a la responsabilidad penal. Los datos subjetivos (...) importan por su racionalidad epistémica. Este modo de comprender el problema, importa, para un auténtico abandono del concepto de dolo psicologista. Pero ello de ninguna manera significa que los datos subjetivos en tanto datos dejen de ocupar un papel central en el plano empírico⁶⁶². Con ello el autor da por zanjada esta observación, respecto a su método operacional.

2.3.- La probabilidad

En el concepto de dolo e imprudencia desarrollado en la presente investigación, lleva ínsito el desarrollo de la teoría de la probabilidad, ya que: (...) el sujeto que desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta (dolo), el sujeto que desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de

⁶⁶²PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...* pp.684-686.

conducta (imprudencia); pues desde ya la “previsibilidad objetiva” se mide en términos de la teoría de la probabilidad. Y además creemos que para hacer la diferencia de la gradualidad entre dolo eventual e imprudencia, también tenemos que recurrir a ella.

2.3.1.- El concepto objetivo, el concepto subjetivo y el concepto lógico de probabilidad⁶⁶³

El concepto objetivo de probabilidad hace referencia al valor de frecuencia relativa con que puede darse un suceso, el cual es entendido como una propiedad disposicional, del objeto que provoca el suceso. La forma de los enunciados objetivos de probabilidad es la siguiente: “la probabilidad de la propiedad P en el objeto de referencia R es x”. En este ejemplo, tanto la propiedad P, como el objeto de referencia R y el número x se refieren a objetos, por lo que enunciado tal pertenece a un lenguaje-objeto. Este concepto de probabilidad no es el que nos interesa en el marco teórico de la presente investigación.

El concepto subjetivo de probabilidad, se refiere al juicio de un enunciado, o hipótesis de probabilidad, un emisor determinado otorga a la ocurrencia de un suceso determinado en un tiempo determinado y con relación a un conjunto de datos determinado. La forma de los enunciados subjetivos de probabilidad es la siguiente: “para el emisor E, la probabilidad de ocurrencia de un suceso S en virtud del conjunto de datos D en el tiempo T es x”. En este enunciado, S y D no designan objetos, sino que forman parte de un enunciado emitido por E, por lo que los enunciados propios del concepto subjetivo de probabilidad pertenecen a un metalenguaje: el lenguaje al que se refiere el lenguaje de E. Este concepto de probabilidad tampoco interesa para los fines de esta investigación.

El concepto lógico de probabilidad se refiere al tipo de inferencia existente entre una conclusión y sus premisas, que es precisamente el tipo de inferencia que caracteriza a la lógica inductiva. Los matemáticos identifican a este concepto con el concepto subjetivo por las similitudes que presentan. Ambos son una expresión de lenguaje acerca de una expresión de lenguaje previa, esto es, expresiones de metalenguaje. La diferencia entre uno y otro consiste en el concepto lógico de probabilidad, no es relativo a un emisor y

⁶⁶³PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...*pp.693-702.

un tiempo determinado. De allí, que la forma de los enunciados que los contienen sea el siguiente: “la probabilidad de una hipótesis H en virtud del conjunto de datos D es x”. Este es el concepto de probabilidad que nos interesa en la presente investigación.

2.3.2.- La relación entre antecedente y consecuente en un enunciado de probabilidad en sentido lógico⁶⁶⁴

Al antecedente se le denominará d (datos)⁶⁶⁵, que está integrado por datos empíricos, si ocurren los datos x1, x2, x3, xn..., el consecuente se denominará h, que es una hipótesis, entonces la previsibilidad objetiva de realización del tipo, será, alta, baja, o media.

La lógica entre d y h es inductiva, pues h (como conclusión) no está contenida en d (como premisa). La conclusión h contiene información adicional a la que trae consigo la premisa d, por ello se infiere de ella inductiva y no deductivamente. Una conclusión tal, solo puede ser de un enunciado probabilístico, una hipótesis de probabilidad. Estas hipótesis de probabilidad, como se dijo son objetivas, en el sentido que es irrelevante qué se representa una persona particular acerca de esa probabilidad. Pues, el análisis del enunciado de probabilidad, es un análisis complejo de datos con el cual él se relaciona.

En el ámbito del derecho penal, en virtud de su naturaleza punitiva, dicha conclusión empírica requiere una legitimación normativa, que a nuestro modo de ver ha sido correctamente señalada por Puppe: “no es el autor a quien compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al derecho”⁶⁶⁶. La teoría de la probabilidad, aquí planteada dista de los conceptos subjetivos de probabilidad que se centran en lo que el autor se ha representado⁶⁶⁷.

Con ello, se infiere que el emisor es objetivo, ya que es el Derecho, a través de las normas directivas de conducta y las normas de sanción, como todo sistema genera operaciones. Lo cual no quiere decir que el juez, no pueda conformar su hipótesis de

⁶⁶⁴Ibid., pp.695 y ss.

⁶⁶⁵Utiliza la teoría de la probabilidad para explicar la causalidad en los tipos legales, ENGISCH, Karl, *La causalidad como elementos de los tipos penales*, 1931, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2008, p.55., es especialmente revelador el uso del término “posibilidad objetiva” como criterio de mejor adecuación a la causalidad de los tipos, el mismo término es usado por Pérez Barberá, para sus definiciones de los conceptos-objeto de dolo e imprudencia.

⁶⁶⁶PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia...*p.89.

⁶⁶⁷ Como en la tesis de Mayer, Vid. supra.

probabilidad, de cara a aplicar una norma de sanción, una vez infringida una norma de comportamiento.

En síntesis: se trata de una hipótesis objetiva de probabilidad, no de una hipótesis de probabilidad subjetiva. Lo objetivo es la hipótesis no el concepto de probabilidad aplicado, que es un concepto lógico.

La formulación verbal de las definiciones de los conceptos de dolo e imprudencia, “previsibilidad objetiva de forma privilegiada” y “previsibilidad objetiva de forma atenuada”, se corresponden también con el carácter comparativo de la hipótesis de probabilidad, entendiendo como concepto comparativo en el marco de la teoría de la probabilidad como una comparación en la forma de enunciado de “más o menos”, sin acudir para ello a valores numéricos; ya hemos advertido que dicha formulación es imprecisa, en la misma forma en que son imprecisos todos los conceptos comparativos conforme a su índole.

Pero tal imprecisión no debe poner en duda la idoneidad y capacidad de rendimiento de esta clase de conceptos. En rigor, ni siquiera los conceptos cuantitativos son precisos, pues su exactitud depende del grado de desarrollo técnico de los respectivos instrumentos de medición, los cuales, como lo muestra la constante evolución tecnológica especialmente en las últimas décadas son también en ese sentido necesariamente imprecisos y requieren de continuas mejoras⁶⁶⁸.

3.1.- El denominado “Caso Utopía”

3.1.1.- Descripción de los hechos

El día 20 de julio del 2002, en las instalaciones de la Discoteca Utopía se realizó una fiesta denominada “Zoo”, para lo cual se hizo un envío aproximado de 3700 invitaciones, en las mismas decía “capacidad limitada”, el ingreso con invitación era hasta la 1 de la madrugada, y se contrató al circo de los hermanos Fuentes Gasca para que proporcionen diversos animales amaestrados para exhibirlos en la parte interna y externa de la discoteca. De igual forma la fiesta estuvo auspiciada por las firmas

⁶⁶⁸PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual...* pp.701-702.

Ballantine's, So Yuo, Heineken, Schweppes, según consta en el reverso de la invitación que fue presentado por los familiares de las víctimas.

Los invitados a la fiesta “Zoo” empezaron a llegar a partir de las 22 horas, teniendo una concurrencia masiva de jóvenes que superó las 1500 personas. A partir de la 1 de la mañana, se formaron extensas colas con la finalidad de ingresar a la fiesta, incluso llegando a pagar \$ 10 por cada uno. Entre la 1 y las 3 de la mañana del día sábado 20 de julio continuaron saliendo y entrando un número considerable de personas a la discoteca. Según diversos testimonios entre las 2:45 y 3:15 horas, ingresa a la cabina de sonido Roberto Ferreyros, quien para lograr la atención del público que se encontraba escuchando música electrónica, acciona un aerosol e interpone una flama de encendedor provocando una antorcha de fuego, la cual compromete el techo de la cabina de música que se encontraba revestida de un material acústico altamente inflamable.

Espumas.- Mediante inspección ocular se pudo apreciar que se trata de una espuma de dos pulgadas de espesor hecho en base a un sistema de poliuretano de baja densidad; la cual sirvió de forro acústico tanto para la cabina como para las paredes. El poliuretano tiene como matriz, la mezcla del isocianato y polioliol, la que arde fácilmente y al quemado genera gran cantidad de gases tóxicos que se extienden rápidamente: como por ejemplo, el cianuro de hidrógeno, monóxido de carbono, entre otros⁶⁶⁹.

En los primeros instantes de producido el fuego, las tres personas que estaban en la cabina, intentan apagarlo de diversas formas, incluso arrojando líquidos que contenían los vasos que en ese momento bebían; sin poder conseguirlo, procedieron a buscar extintores en la cabina, en las barras y en las oficinas administrativas de la discoteca. Al no encontrar ningún extintor, procedieron a gritar a que se desalojara la discoteca y comunicaron a los miembros de seguridad que abrieran las puertas de salida para que se evacuara a los asistentes.

Se estima que transcurrieron aproximadamente 55 segundos desde que el fuego se inicia, hasta que alcanzó el segundo nivel y bloqueó la puerta principal, obligando a los ocupantes a evacuar por la puerta de emergencia que se encontraba en el primer nivel.

⁶⁶⁹Dirección de Investigación del Cuerpo General de Bomberos, *Resultado del análisis de las pruebas*, agosto, 2002, p.8.

En este lapso las personas que estuvieron en la zona VIP no se percataron de lo que ocurría en el primer piso; pero segundos después, escucharon rumores que los animales habían escapado, procediendo muchos de los asistentes de la zona VIP a refugiarse en los baños adyacentes a la zona de socios.

Posteriormente, se produce la explosión de la cabina de luces y sonido, debido a un corto circuito e inmediatamente deja de sonar la música y se apagan las luces de la pista de baile. Esto se corrobora con la inspección ocular del día 3 de octubre de 2002, la declaración del señor North Carrión.- Es lo mismo, sino que son independientes de las luces de sonido.

El corte del fluido eléctrico, entiéndase las luces de la pista de baile de la discoteca, se produjo en los primeros instantes como consecuencia del incendio; en la revisión del tablero de distribución eléctrica se ha constatado que las llaves termomagnéticas correspondientes a la cabina de sonido y control de luces, se encontraron abiertas al haberse accionado automáticamente ante el corto circuito producido. Las llaves correspondientes a las otras llaves del local incluida la principal, se encontraron cerradas, lo que nos indica que no existió ningún problema eléctrico en otro ambiente del local⁶⁷⁰.

Es necesario precisar que en este momento; es decir, cuando no hay música ni luces en la pista de baile, si existía energía eléctrica para que funcionen los equipos de ventilación, las áreas de las barras, de las oficinas administrativas, de los servicios higiénicos y de las taquillas, las luces de estos ambientes se apagaron a los tres minutos aproximadamente, por efecto del corte general de la energía eléctrica.

Según el testimonio del Comandante del Cuerpo General de Bomberos, el centro comercial (Jockey Plaza) reaccionaron cortando la energía eléctrica en ése sector, pero eso se realizó posteriormente al incendio, lo que se hizo fue tratar de evacuar a toda la gente en máximo dos o tres minutos.

⁶⁷⁰Dirección de Investigación del Cuerpo General de Bomberos, *Resultado del análisis de las pruebas*, agosto, 2002, p.10.

Este hecho fue lo que dificultó considerablemente la evacuación de personas que todavía se encontraban en el interior del local, por cuanto no pudieron observar ninguna vía de evacuación ni indicación (letreros) de emergencia que los condujera a las salidas del local, sobre todo las personas que se encontraban en los servicios higiénicos de la zona VIP. En ambas zonas, la temperatura alcanzó los 850 a 1250 grados, (...) se ha podido establecer que existió alta velocidad de propagación; además la temperatura alcanzó cifras bastante altas, entre los 850 y 1250 grados celsius⁶⁷¹, hecho que propició que los revestimientos de caucho en los pisos y paredes de poliuretano, discos compactos de acetato, y otros materiales, emanaran gases de alto poder tóxico como consecuencia de su combustión, lo cual propició la muerte de 29 personas por intoxicación respiratoria, la mayoría de ellos se encontraron en los servicios higiénicos de la zona VIP, en el segundo nivel, tanto en los servicios de varones como en los de mujeres.

Momentos antes de la llegada de los bomberos, personal de seguridad del centro comercial, iniciaron las tareas preliminares de control de incendios; así, proceden a extraer las mangueras de los gabinetes contra incendios de las puertas de escape de la discoteca, instalan equipos portátiles de luces de emergencia a batería y organizan a las personas que prestaban ayuda en las labores de rescate.

Es de señalar que los miembros del Cuerpo General de Bomberos no pudieron ingresar al local de la discoteca porque no contaban en ese momento con los equipos de respiración autónoma, sólo atinaron a utilizar las mangueras que se encontraban extendidas y abastecidas. Pasaron entre 15 a 20 minutos para que unidad especializada en extracción de humo llegara.

Lamentablemente, los bomberos, ante el caos generado, no pudieron asistir a las víctimas de manera debida, es decir asistiéndoles con primeros auxilios, respiración artificial, masaje cardio-pulmonar, o sistema de fibrilación cardiaca. Las que fueron transportadas, mueren en el camino, a causa de que no se les brindaron los primeros auxilios con el fin de estabilizarlos.

⁶⁷¹Ibid.

3.1.2.- Incumplimiento de medidas de seguridad contra incendios

La discoteca no tenía:

- a) Extintores contra incendios. Exigencia derivada del artículo 40° del Reglamento Operativo del Jockey Plaza, que obliga a los operadores a mantener un extintor de incendios de 6 kilogramos en buenas condiciones de funcionamiento por cada 20 metros cuadrados, es decir, debió tener por lo menos 43 extintores.
- b) Un ducto para conectar alarma de fuego, conectado a la red general del Jockey Plaza; tampoco detectores de humo conectados a la red general del mall, ni rociadores “spinklers”, conforme se establece en los literales f), j), y l) del numeral 6° del Manual de Diseño y Habilitación de Locales.
- c) Un sistema de iluminación de emergencia con fuentes de energía propia, elemental en este tipo de negocios.
- d) La señalización de las zonas de seguridad interna (letra S), de rutas de evacuación (flechas de salida), de ubicación de extintores.
- e) La señal de identificación del único gabinete contra incendios ubicado al interior del local, cuya cubierta es de metal, con la apariencia de ser un tablero eléctrico.
- f) Ningún tipo de señales direccionales, para indicar la ubicación de rutas y puertas de escape, conforme lo exige el Reglamento Nacional de Construcciones.

Estas omisiones contribuyeron a la realización del siniestro con resultados fatales⁶⁷².

3.1.3.- Análisis y Valoración Crítica de la Sentencia de la Primera Sala Penal Superior para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veinticuatro de noviembre del 2004

La Primera Sala Penal Superior para procesos con Reos en Cárcel declara la nulidad de la Sentencia de Instancia proveniente del 39° Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha cinco de setiembre de dos mil dos en el extremo que condena por los delitos de homicidio culposo (artículo 111° del Código penal) y lesiones graves culposas (artículo 124° del Código penal) a North Carrión en agravio de las víctimas

⁶⁷²Informe parcial de la Comisión Multipartidaria encargada de investigar las circunstancias que produjeron el siniestro en las instalaciones de la “Discoteca Utopía”

del siniestro de la discoteca Utopía, dado que el Colegiado considera⁶⁷³ que no puede condenar directamente, en función que la readecuación típica, vulneraría el principio acusatorio, y con ello generaría una situación de indefensión para el recurrente. Por lo tanto el remedio procesal a aplicar es lo prescrito por el artículo 298° del Código de Procedimientos Penales con especial referencia al inciso 3 que prescribe lo siguiente: “(..) Si se ha condenado por un delito que no fue materia de la Instrucción o del Juicio Oral, o que haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia, de la instrucción o de la acusación”. Por este motivo se declaró la nulidad de la Sentencia de Instancia, pues la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, consideraba que la adecuación típica correcta era la de homicidio doloso (artículo 106 del Código penal) y lesiones graves dolosas (artículo 121°, inciso 1 del Código penal). Ello por los siguientes fundamentos.

La Sala señala en el fundamento décimo tercero⁶⁷⁴ que el Código penal vigente asume una postura formal señalando que los delitos son “delitos o faltas las acciones dolosas o culposas penadas por ley”⁶⁷⁵. Sin embargo considera, que es el Juez Penal el que debe interpretar la ley, recurriendo a la doctrina lo cual no implica adecuar sus decisiones a las teorías que mejor se acomoden a los intereses en juego. Señala además que el Juez Penal es ante todo un Juez Constitucional, el cual debe interpretar la ley conforme a su sentido teleológico y de racionalidad sistemática. Advierte así la Sala, que será bajo estos parámetros que analizará las diferencias entre el dolo eventual y la culpa consciente, para confrontarlas con la situación jurídica imputada y vinculada a North Carrión.

De esta manera, en el fundamento décimo cuarto⁶⁷⁶, la Sala señala que pese a no existir una noción de dolo o culpa en nuestro ordenamiento jurídico-positivo, es posible derivar algunas consecuencias directas de la existencia de un tratamiento diferenciado en la regulación y las consecuencias que corresponden a dichas categorías: (I) Dentro de la observancia del principio de legalidad, la responsabilidad por los delitos dolosos es

⁶⁷³Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.17 y pp.26-27.

⁶⁷⁴Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.10.

⁶⁷⁵En clara referencia al artículo 11° del Código penal.

⁶⁷⁶Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.10.

general, en tanto que la responsabilidad por los delitos culposos es excepcional⁶⁷⁷; (II) La intensidad de la reacción penal para los delitos dolosos es mayor que para los delitos culposos⁶⁷⁸; (III) La mayor extensión de la punibilidad en los actos dolosos que en los culposos⁶⁷⁹.

En el fundamento décimo quinto⁶⁸⁰, la Sala señala que este tratamiento punitivo diferenciado determina que el nivel de exigencia para la imputación objetiva del resultado sea menor en un delito doloso⁶⁸¹. Ante la falta de una regulación puntual y expresa del dolo eventual y de la culpa consciente, deben considerarse diversos indicadores para delimitar la frontera entre lo eventualmente doloso y lo conscientemente culposo. Por tanto, es necesario evaluar la diferencia teórica sutil, pero de consecuencias jurídicas relevantes contra el reo, entre el dolo postulado por el recurrente para la imputación por homicidio e incendio, y la culpa consciente o con representación, asumida por el *ad quo* en la sentencia venida en grado

Por estas razones la Sala considera que la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente no es una diferencia estrictamente legal, sino que a través de este marco normativo se pueden fijar las estructuras típicas a nivel subjetivo. Lo cual ha hecho que en apariencia la definición de ambas categorías hayan devenido en simples; esto es que se admita o bien la concurrencia de dolo eventual o culpa en general⁶⁸². O que se interprete que el contenido del dolo se satisfaga solamente con la concurrencia del elemento cognitivo. La regulación sobre el error de tipo o de derecho⁶⁸³, ha sido interpretada como indicador de la admisión suficiente del elemento cognitivo del dolo, partiendo y arribando a la conclusión que en esta figura sólo se exija la inexistencia del conocimiento del agente de algún elemento del tipo penal o de la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (inexistencia del dolo cognitivo). Al parecer de la

⁶⁷⁷ Cfr. El sistema de *numerus apertus* para los primeros; y el sistema de *numerus clausus* para los segundos; según lo prescrito por el artículo 12° del Código penal.

⁶⁷⁸ Cfr. La penalidad conminada mayor para los primeros y menor para los segundos en la Parte especial del Código penal.

⁶⁷⁹ Cfr. Que en nuestro sistema penal vigente no existe represión penal para la tentativa culposa ni para la participación en los delitos culposos.

⁶⁸⁰ Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.10.

⁶⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, PG, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.268.

⁶⁸² Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.11.

⁶⁸³ Cfr. El artículo 14° del Código penal.

Sala, este razonamiento es erróneo, pues el error regulado por el artículo 14° del Código penal, sólo requiere para su configuración que el imputado ignore, no conozca y por ende se haga una falsa representación de la realidad al momento de actuar u omitir; pues quien no conoce no puede desear lo desconocido⁶⁸⁴. En consecuencia, este no es el punto de partida para aceptar el dolo cognitivo invocado por el recurrente.

En el fundamento décimo sexto⁶⁸⁵, se recoge el concepto genérico de dolo propuesto por la parte civil, el cual prescinde del elemento volitivo y lo reconduce a la acción; el dolo sería el conocimiento de los elementos del tipo, por lo que la diferenciación entre dolo e imprudencia equivaldría a la distinción entre consciencia e inconsciencia. Argumento que es rechazado por la Sala, pues pueden darse supuestos en los que, existiendo el mismo grado de conocimiento en la mente del autor, una mínima lógica indica que deben tener una respuesta penal diferente. Por lo tanto, los criterios que asume la Sala para examinar la eventual readecuación típica de la imputación y que diera lugar a la sentencia venida en grado, con relación a North Carrión son otros⁶⁸⁶: (I) Aun cuando el ordenamiento vigente no sea explícito, las exigencias implícitas en los principios de responsabilidad por el hecho; proporcionalidad; y legalidad, previstos en el Título Preliminar del Código penal, determinan que sea delimitada claramente la frontera entre el dolo eventual con lo culposamente consciente; (II) Esta delimitación no puede ser satisfecha por la sola verificación del elemento cognitivo del autor u omitente; (III) Pues la única exigencia del conocimiento como probabilidad del resultado advertido por el autor u omitente, es inútil para distinguir, en el dolo eventual “una gran probabilidad” y, en la culpa “una posibilidad muy lejana”. La dificultad de esta diferencia de grado se presenta en casos límite, en los que la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña; (IV) Por lo demás, la imputación en materia penal no puede estar sustentada únicamente en la concurrencia de elementos cognitivos. Por estos argumentos, la Sala considera que la voluntad ocupa un valor relevante, incluso en la culpa consciente, por lo tanto, la diferenciación se centra en el elemento volitivo, sin descuidar el elemento cognitivo⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴HURTADO POZO, José, PG, Segunda Edición, Eddili, Lima, 1987, p.434.

⁶⁸⁵Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.11.

⁶⁸⁶Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.12.

⁶⁸⁷Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.12.

Por ello, los criterios que la Sala considera como idóneos son los siguientes⁶⁸⁸: (I) Un conocimiento de la capacidad concreta de la conducta para generar un resultado típico; (II) La producción del resultado típico debe evaluarse dentro del contexto de un aumento del riesgo permitido; (III) Dicho conocimiento no debe implicar una evaluación estadística, por parte del agente, de la probabilidad del daño, por las objeciones mencionadas anteriormente; (IV) Se trata de evaluar en la situación concreta y con relación al agente, si su **pronóstico concreto**⁶⁸⁹ lo llevaba a la convicción de que no se produciría el resultado típico; (V) Lo que diferencia, dentro de esta línea de análisis, al dolo eventual de la culpa consciente es que en el primer caso el agente considera **seriamente**⁶⁹⁰ la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, *per se*, o por otra persona, en la culpa consciente existe por el contrario la creencia de que el peligro no va a concretarse; (VI) Finalmente es de señalar que la **“aceptación”**⁶⁹¹ a la que se alude en el dolo eventual, en los términos aquí planteados, no se refieren a la aceptación del resultado dañoso (por ejemplo, producción de muertes o lesiones a las personas), sino únicamente de la conducta capaz de producirlo: “Quien toma en serio la probabilidad del delito, en el sentido que no la descarta ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa”⁶⁹².

En el mismo fundamento décimo sexto⁶⁹³, la Sala hace suya una de las argumentaciones usadas por el Tribunal Supremo Español para el caso de la colza, así afirma que: “en situaciones especial y masivamente peligrosas el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite del riesgo permitido, es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento; en consecuencia, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción hacia los bienes jurídicos.

⁶⁸⁸ Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.12.

⁶⁸⁹ Bastardillas en el original.

⁶⁹⁰ Bastardillas en el original.

⁶⁹¹ Bastardillas en el original.

⁶⁹² MIR PUIG, Santiago, PG, Cuarta edición, Reppertor, Barcelona, 1996, p.248.

⁶⁹³ Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.13.

Dentro de este contexto la Sala asume que el agente ha mostrado una actitud que justifica la respuesta prevista en la Ley penal para los hechos más graves; en oposición a la ejecución imprudente del tipo”⁶⁹⁴. Por lo tanto, la tarea de la Sala en los siguientes fundamentos se abocará a evaluar la existencia de indicadores objetivos de los que pueda deducirse con seriedad la probabilidad del daño y la aceptación de la conducta peligrosa por parte de North Carrión.

En el fundamento décimo séptimo⁶⁹⁵, la Sala determina que el procesado North Carrión en su condición de Gerente General de la empresa “García North SAC” acondicionó la discoteca “Utopía”, sin las mínimas medidas de seguridad para iniciar su funcionamiento, pese a que en dicha calidad asumía una posición de garante respecto de una actividad que *per se* no era peligrosa, pero que dentro de la situación concreta en la que se desarrolló la fiesta “Zoo” generaba un **aumento relevante del riesgo permitido**⁶⁹⁶. Excesode riesgo evidenciado en: (I) Una masiva afluencia del público al interior del negocio que administraba; y que rebasaba al parecer el aforo del local; (II)

⁶⁹⁴Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 23/04/92- Caso Colza, Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.13. Es de señalar que la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, utiliza los mismos criterios que en la Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 23/04/1992, Caso Colza, expediente 306-2004, Primera Sala Penal para Reos en Cárcel , Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia, Centro de Investigaciones Judiciales, N°7, pp. 236 y ss., el Tribunal Supremo Español esgrimió los siguientes criterios para la resolución del Caso Colza: “La imputación en materia penal no puede estar sustentada únicamente en la concurrencia de elementos cognitivos. La voluntad, sustentada con más o menos reservas en el libre albedrío de las personas o en su capacidad de dirigir finalmente sus acciones u omisiones, ocupa un valor relevante, incluso en la culpa consciente. Es preciso definir cuál puede ser la diferencia en el plano volitivo de la culpa consciente con el dolo eventual, sin descuidar, claro está, el elemento cognitivo. En el dolo y en especial en el dolo eventual que es la categoría más cercana a la culpa consciente debe exigirse: (I) Un conocimiento de la capacidad concreta de la conducta para generar un resultado típico; (II) La producción del resultado típico debe evaluarse dentro del contexto de un aumento del riesgo permitido; (III) Dicho conocimiento no debe implicar una evaluación estadística, por parte del agente de la probabilidad del daño; (IV) Se trata de evaluar en la situación concreta y con relación al agente, si su pronóstico concreto lo llevaba a la convicción de que no se produciría el resultado típico; (V) Lo que diferencia, dentro de esta línea de análisis, al dolo eventual de la culpa consciente es que en el primer caso el agente considera seriamente la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, per se, o por otra persona. En la culpa consciente existe por el contrario la creencia de que el peligro no va a concretarse; (VI) Finalmente, es de señalar que la “aceptación” a la que se alude en el dolo eventual, en los términos aquí planteados, no se refieren a la aceptación del resultado dañoso, sino únicamente a la capacidad de producirlo. En situaciones especial y masivamente peligrosas el conocimiento del peligro propio de una acción que supera los límites del riesgo permitido, es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento; en consecuencia, obrará con dolo el autor que haya tenido el conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos. Dentro de este contexto la Sala asume que el agente ha mostrado una actitud que justifica la respuesta prevista en la Ley penal; para los hechos más graves, en oposición a la ejecución imprudente del tipo”.

⁶⁹⁵Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.13.

⁶⁹⁶ Bastardillas en el original.

La estructura del local que había sido cuestionada anteriormente por sus limitadas o inexistentes condiciones de seguridad; (III) La realización de un espectáculo de fuego en estas condiciones; (IV) La constatación de una experiencia dañosa por parte de su coprocesado Ferreyros O'Hara quien se había herido con fuego en los ensayos previos. Estas circunstancias eran de conocimiento actual por parte de North Carrión, pues la Sala considera que él era consciente que el riesgo era incrementado al proceder a contratar a Ferreyros O'Hara con la finalidad de realizar juegos manipulando fuego.

En el mismo fundamento la Sala, cita el Informe Técnico Número cero noventa dos mil dos guion SRDC evacuado por el Instituto de Defensa Civil⁶⁹⁷, mediante el cual se pudo constatar lo siguiente respecto a North Carrión: (I) No habilitó la discoteca con extintores en una cantidad necesaria que hubiese prevenido amagos de incendio producido por cualquier motivo (cortocircuitos, colillas de cigarros, etc.); (II) No estableció un plan estratégico de contingencia que le permitiese prevenir incendios al interior del local o prevenir consecuencias contra los bienes jurídicos de los concurrentes en caso de suscitarse un incendio; (III) No habilitó luces de seguridad de las puertas de emergencia; (IV) No habilitó las bombas contra incendios al interior del local, con la respectiva capacitación de los empleados de la discoteca ante una contingencia de incendio; (V) No habilitó las señalizaciones de emergencia adecuadas; (VI) Permitió la manipulación de fuego como eventos esporádicos para incentivar los ánimos de los concurrentes; (VII) Permitió que el día de la fiesta "Zoo" la discoteca recibiera un mayor número de personas que las que debía albergar (capacidad aproximada de mil personas, en tanto que por versiones del procesado Ferreyros O'Hara se señala que el día de los hechos luctuosos concurrieron aproximadamente mil quinientas personas), razón por la que las puertas de emergencia estuvieron obstruidas por mesas y sillas adicionales, en el momento en que debía llevarse a cabo la evacuación; lo que lleva a colegir que no dirigió el curso de su acción hacia la evitación de la consecuencia accesorio; y (VIII) Se desistió de continuar con los trámites de licencia de funcionamiento de la discoteca. Este conjunto de omisiones se pueden deber a tres motivos: a) O no es un absoluto posible una configuración distinta de la acción (pero el objetivo de la acción es el autor demasiado importante para abandonarlo a fin de evitar la consecuencia accesorio; b) O el empleo necesario para la modificación de la

⁶⁹⁷Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, pp. 13-14.

elección de los medios resulta al autor demasiado costoso; c) O es indiferente al autor la producción de la posible consecuencia accesorio⁶⁹⁸.

En el fundamento décimo octavo⁶⁹⁹, la Sala afirma que North Carrión a través de sus propias declaraciones, no hubo ninguna voluntad de evitación del riesgo porque no se llegó a plasmar porque le resultaba costoso al procesado implementar las medidas de seguridad que el INDECI le había señalado, inclusive se desistió de continuar con las licencias de funcionamiento y optó por iniciar las actividades comerciales de manera informal a partir del día cuatro de mayo del dos mil dos, pese a no cumplir con las medidas observadas por el INDECI.

Por ello, en el fundamento décimo noveno⁷⁰⁰, la Sala al establecer la objetivación del límite del dolo frente a los indicadores previstos, coherente con los presupuestos de la teoría de la acción final, lleva a afirmar a la Sala que el “confiar” (de North Carrión) en poder evitar un resultado sólo sería la voluntad de realización, excluyente del dolo, si, por la forma de elección de los medios y de la dirección, se hace patente el curso de la acción misma. Pero, esto no sucedió, en tanto que el curso de la acción no fue dirigido plausiblemente a la evitación del resultado accesorio tenido en cuenta como de posible producción, pues la voluntad de realización de llevar a cabo una conducta riesgosa contra el bien jurídico (optar por el funcionamiento de la discoteca sin contar con las medidas de seguridad y en atención a la gran afluencia de público que concurría), aunado al incremento de riesgo adicional (aceptar la ejecución de juegos con fuego como parte de actividades recreativas) abarcó la realización del resultado total, tanto del objetivo principal (el funcionamiento de la discoteca) como de la idoneidad peligrosa a los bienes jurídicos de los concurrentes. De esta manera, la Sala afirma que la conducta de Ferreyros O'Hara y las omisiones propias del procesado North Carrión, evidencian una **absoluta indiferencia**⁷⁰¹ por parte de éste último, ante la posibilidad relevante del daño. Si North Carrión, hubiese tendido la convicción y la confianza en poder evitar daños representados, habría concretado estos esfuerzos actuales y permanentes para su

⁶⁹⁸ Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.14.

⁶⁹⁹ Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.14.

⁷⁰⁰ Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.15.

⁷⁰¹ Bastardillas en el original.

evitación. Por lo tanto, la Sala concluye, en que la indiferencia o limitada aprehensión de North Carrión de las consecuencias de su omisión, sometió a los concurrentes a una situación altamente peligrosa que no tenía la seguridad de controlar. Por tal motivo, la aceptación del resultado se da cuando el procesado (North Carrión) prefirió la realización de una conducta peligrosa a la evitación de sus lamentables consecuencias. Concluye la Sala, en que dicha indiferencia podría encuadrar la imputación penal en el marco del dolo eventual⁷⁰².

Además, la Sala en el fundamento vigésimo⁷⁰³, contrarresta los fundamentos del *ad quo*; en el sentido que sostiene que el incumplimiento del deber objetivo de cuidado por parte de North Carrión fue tan evidente que este no observó “la mínima regla de seguridad: tener extintores en lugares abiertos al público”, pese a que dicha norma precisamente pretendía evitar resultados como los enjuiciados en el éste proceso, y, que de ser esta u otra causa igual hubiese generado la muerte y daño a la integridad física de varias personas y estragos. En dicha sentencia, se señala que tanto Ferreyros O’Hara y North Carrión confiaron en poder evitarlo, pues se deduce del hecho que en la discoteca se venían realizando juegos con fuego en días anteriores a la tragedia y no pasó nada; y, que por ello la conducta debe ser asumida como imprudencia consciente. A criterio de la Sala, estas aseveraciones son incorrectas en atención a los siguientes indicadores: (I) North Carrión sabía que la discoteca el día de la fiesta “Zoo” tendría una cantidad elevada de concurrentes, al haber extendido dos mil invitaciones, y, ante un posible incendio habría una gran cantidad de víctimas; (II) Sabía que la discoteca no tenía extintores que pudiesen utilizar para contrarrestar un amago de incendio producido por los juegos con fuego; (III) Sabía que las discotecas no contaba con luces de emergencia de las puertas de seguridad al estar estas inoperativas, y, que al producirse un incendio al cortarse la energía eléctrica sería dificultosa la evacuación; (IV) Sabía que la discoteca contaba con una bomba de agua pero nunca le dio especificaciones a su personal en torno al lugar donde se encontraba ubicado; (V) Sabía que podía producirse un accidente como ese frente al riesgo de tener un público numeroso, produciéndose un incendio al manipularse fuego como un acto de diversión de la discoteca; y (VI) Sabía

⁷⁰²Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.15.

⁷⁰³Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, pp.15-16.

que dicha posibilidad era latente en razón que Ferreyros O'Hara días antes de la fiesta "Zoo" había sufrido un accidente durante el ensayo con fuego que incluso le produjo lesiones, de esta manera, North Carrión omitió aportar las indicaciones necesarias de seguridad para que el personal asumiese una contingencia de incendio⁷⁰⁴.

En razón a estas consideraciones, la Sala considera en su fundamento vigésimo primero⁷⁰⁵, que North Carrión, no hizo los esfuerzos suficientes para conjurar el peligro creado, no siendo por ello admisible el argumento de "error sobre la evitabilidad del resultado", en la medida que no se puede adjudicar una valoración errónea de su capacidad para impedir el resultado típico y por ende la "omisión de buena fe" en tomar las precauciones requeridas, en razón que dicho argumento habría sido válido siempre y cuando North Carrión hubiese incrementado su capacidad para evitar el resultado típico (por ejemplo: proveer por lo menos a la discoteca de uno o dos extintores de piso, capacitar al personal para prevenir incendios o para contrarrestarlos, lo que implicaba hacerles de conocimiento de los instrumentos que contaba la discoteca para apagar un amago de incendio, etcétera). Muy por el contrario, North Carrión conocía su falta de capacidad para evitar el resultado, y, a pesar de ello, siguió actuando, produciéndose el hecho dolosamente, aunque no deseara su producción⁷⁰⁶.

Finalmente, la Sala en el fundamento vigésimo segundo⁷⁰⁷, considera que se ha errado en tipificar el hecho (homicidio y lesiones graves) cometido por North Carrión, ya que se su comportamiento no es la expresión de una conducta culposa consciente, sino de un comportamiento direccionado bajo dolo eventual, que conforme con nuestro ordenamiento penal vigente debe ser tratado con mayor reprochabilidad punitiva en comparación con los delitos culposos (conscientes). Sin embargo, la Sala señala que no puede condenar directamente, en función de la readecuación típica, pues se vulneraría el principio acusatorio y esto generaría un estado de indefensión en el procesado, y considerando que la base de la constatación de una inadecuada valoración de las pruebas por el *ad quo* debe procederse de acuerdo al artículo doscientos noventa y ocho

⁷⁰⁴Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.16.

⁷⁰⁵Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, pp.15-16.

⁷⁰⁶Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.17.

⁷⁰⁷Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.17.

del Código de Procedimientos Penales y declararse la nulidad de la sentencia en este extremo, así como la nulidad del auto de apertura de instrucción de fecha cinco de setiembre de dos mil dos, en el extremo que abre instrucción por el delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud, por **homicidio culposo y lesiones graves culposas**⁷⁰⁸.

3.1.3.1.- Valoración Crítica:

De la Sentencia de la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, recaída sobre el expediente N° 306-2004, se desprende que la Sala no utiliza una concepción determinada de dolo e imprudencia, acudiendo a una diversidad de criterios que le son de ayuda para fundamentar una imputación dolosa, que como hemos podido apreciar son similares a la Sentencia del Tribunal Supremo Español del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y dos, el caso colza. Sin embargo nos parece un acierto que en la Sentencia se contrasten los diferentes indicadores que podrían demostrar con mayor precisión si un comportamiento debe ser imputado a título de dolo (dolo eventual) o imprudencia (imprudencia consciente)⁷⁰⁹.

El punto de partida de la Sala, es la interpretación formal del artículo 11° del Código penal el cual señala “delitos o faltas las acciones dolosas o culposas penadas por ley”, siguiendo en este modelo al Código penal español⁷¹⁰. Lo que nos parece interesante del fundamento décimo tercero de la Sala, es el haber afirmado que es deber del Juez interpretar la ley conforme a su sentido teleológico y racionalidad sistemática; esto es importante porque nos permite hacer una interpretación del dolo y la imprudencia en sentido normativo valorativo; finalmente serán los Jueces y las Salas las que aplicarán el Derecho conforme a una relación lógica-teleológica de las normas de nuestro ordenamiento penal vigente, que en nuestra opinión se encuentra conformado por normas directivas de conducta (normas primarias) dirigidas a los ciudadanos y normas

⁷⁰⁸ Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.17. Bastardillas en el original.

⁷⁰⁹ Siguiendo en este proceder a Hassemer con su tesis del dolo como concepto disposicional y verificable mediante indicadores. Los indicadores son válidos por cumplir tres condiciones: observabilidad, plenitud y relevancia disposicional, es decir deben ser por sí mismos observables y combinarse entre sí de manera completa, pues para este autor: “ el dolo, como decisión a favor de la lesión de los bienes jurídicos, o como asunción personal del injusto típico, sólo se puede inferir a través de indicadores que cumplan con las condiciones citadas” Para mayores referencias, Vid. Supra., Capítulo III, 11.1.3.- La tesis de Hassemer. *El dolo como concepto disposicional verificable mediante indicadores*.

⁷¹⁰ Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.10.

de sanción (normas secundarias) dirigidas a Jueces⁷¹¹. Y es más solo las conductas dolosas o imprudentes pueden constituir el objeto de una norma primaria jurídico penalmente concebida como imperativo⁷¹².

Las consecuencias que extrae la Sala⁷¹³ a partir de la interpretación que hace del artículo 12° del Código Penal nos parecen pertinentes y lógicas; pues de la interpretación de nuestro ordenamiento penal se desprende que dentro de los parámetros del principio de legalidad, en los delitos dolosos la responsabilidad es general, en tanto que la imputación en los delitos culposos es extraordinaria⁷¹⁴; la intensidad de la reacción penal para los delitos dolosos es mayor que para los delitos culposos⁷¹⁵; la mayor extensión de la punibilidad en los actos dolosos que en los culposos⁷¹⁶.

Ahora bien, en los fundamentos posteriores la Sala acude a una diversidad de criterios para fundamentar la imputación por dolo eventual que corresponden a diversas teorías, dando mayor relieve a las teorías volitivas. No nos parece correcta la interpretación de la Sala al identificar el dolo con conocimiento a raíz de la interpretación que hace del artículo 14° del Código penal; muy próxima a la teorías de la posibilidad cuyo fundamento principal es identificar al dolo con el conocimiento e imprudencia con desconocimiento o error, que como se puede apreciar en la Sentencia de Vista, resulta el contrapunto más significativo y sustancial de la opinión dominante para determinar el concepto de dolo eventual⁷¹⁷.

Entre las objeciones que se le ha hecho a la teoría de la posibilidad, es la identidad que elabora entre el dolo de peligro con el dolo eventual de lesión, es de advertir que el concepto-objeto de ambas clases de dolo es distinto; el dolo de puesta en peligro

⁷¹¹MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito...* pp.640 y ss.

⁷¹²SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo...* p.335.

⁷¹³Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.10.

⁷¹⁴Cfr. El artículo 12° del Código penal que prescribe lo siguiente: “Las penas establecidas por ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente señalados por ley”. Situación que no varía en el Anteproyecto de Código penal del 2004, que en el artículo 12° prescribe lo siguiente: “La ley penal siempre describe la infracción dolosa. La infracción culposa debe estar expresamente señalada por ley”. Para mayores referencias, Vid. Supra., Capítulo II, 8.1.

⁷¹⁵Cfr. La penalidad mayor conminada mayor para los primeros y menor para los segundos en la Parte Especial del Código penal.

⁷¹⁶Cfr. La inexistencia de represión penal de la tentativa imprudente y la participación en los delitos imprudentes. Artículos 16° y 25° del Código penal.

⁷¹⁷Vid. Supra., Capítulo III, 7.1.

concreto empieza en un nivel mucho más bajo que el peligro de dolo⁷¹⁸. En el seno de la doctrina mayoritaria la teoría de la posibilidad ha sido rechazada porque amplía el ámbito del dolo, en un margen que les corresponde a los delitos imprudentes⁷¹⁹. Por lo tanto este razonamiento debe ser rechazado de plano.

En el fundamento décimo sexto⁷²⁰, la Sala desestima el concepto genérico de dolo dado por la parte civil que identifica al dolo como el conocimiento de los elementos del tipo, y llevando el argumento al absurdo afirma que esta tesis equivaldría a una distinción entre consciencia e inconsciencia, pues considera que la única exigencia del conocimiento de la probabilidad del resultado advertido por el autor o por el omitente, resulta insuficiente, puesto que en el dolo eventual tendría que haber una “gran probabilidad” y, en la culpa consciente una “probabilidad muy lejana”. Debemos anotar que esta es una de las críticas convencionales que se le ha hecho a la teoría de la probabilidad es su inaplicabilidad, dado que no es posible establecer qué porcentaje es necesario para que se pueda imputar un comportamiento como doloso; ¿un 50%, 60%, 70% de probabilidad de realización del resultado desvalorado?; cualquier porcentaje que se elija será arbitrario, ello, en virtud que el destinatario de la norma de conducta, no rige su vida en función de porcentajes de probabilidad⁷²¹.

Sin embargo, consideramos que esta crítica no es acertada, porque solo valdría si se entiende a la probabilidad como un concepto cuantitativo en el derecho penal, llevando su razonamiento al absurdo como lo hace la Sala. La utilidad del concepto de probabilidad radica en que este pueda utilizarse en sentido comparativo⁷²². La concepción que maneja el Colegiado, del concepto de probabilidad es de índole subjetiva, pues se atiende a lo que el sujeto se representa como probable, siendo necesario un juicio objetivo de probabilidad que vendrá determinado por la propia racionalidad del sistema, esta vez basándose en un concepto de probabilidad lógico y no subjetivo. Al respecto, en la literatura penal contemporánea entiende que la diferencia

⁷¹⁸Cfr. El artículo IV del Título Preliminar del Código penal.

⁷¹⁹ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, PG, Ediar, Buenos Aires, 2002, p.526.

⁷²⁰Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, pp.11-12.

⁷²¹PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*...p.88.

⁷²²PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*...p.85.

entre dolo e imprudencia o es de grado (plus-minus) o de índole (aliud). Nosotros nos inclinamos por sostener que la diferencia entre ambas categorías es de grado⁷²³.

El Colegiado usa indistintamente términos que corresponden a diferentes teorías, así por ejemplo: utiliza el término “aceptación” que es propio de las teorías de la aprobación o consentimiento, que es una tesis originada en el seno de la jurisprudencia alemana que su planteamiento principal reza de la siguiente manera: “si el autor se representa el resultado típico y lo aprueba internamente, o lo consiente, o lo acepta resignadamente; en cambio habrá imprudencia consciente, cuando el autor se representa el resultado pero confía en que todo irá bien”⁷²⁴. Esta ampliación de las teorías volitivas, con el uso de significados amplios de voluntad tales como: “aceptación”, “consentimiento”, “conformarse con”, “contar con”, “aprobar en sentido jurídico”; esto no es teóricamente sostenible, y al respecto tampoco resulta del todo correcto los intentos en la doctrina actual por normativizar el elemento volitivo del dolo⁷²⁵. Lo cierto es que atribuir al término voluntad un significado normativo, resulta contrario a las convenciones lingüísticas imperantes, y en este aspecto, la utilización de tales términos no sólo explica sino que confunde más la delimitación entre dolo e imprudencia.

En el fundamento décimo noveno⁷²⁶, la Sala utiliza el argumento de la confianza, en el siguiente sentido: “confiar” en poder evitar un resultado sólo sería una voluntad de realización, excluyente del dolo. Esta argumentación es propia de la literatura acorde con los criterios de aprobación o consentimiento, que entiende el dolo como voluntad de acción: “el dolo es la voluntad, dominada por el conocimiento, de realización del tipo objetivo. El dolo constituye la voluntad de acción referida al resultado. En el delito doloso, voluntad de acción y dolo son idénticos: el dolo no es otra cosa que la finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo. Todo lo que rige para la voluntad de realización vale también para el dolo”⁷²⁷. De igual manera consideramos que el término “confiar” es ambiguo y no ayuda a una correcta delimitación entre dolo e imprudencia.

⁷²³Vid. Supra., Capítulo III, 6.1.- Las teorías de la representación. *El primer renacimiento de las teorías de la probabilidad.*, En el mismo capítulo, 9.1.- Las teorías del riesgo. *El segundo renacimiento de la teoría de la probabilidad.*

⁷²⁴Vid. Supra., Capítulo III, 3.1.2.

⁷²⁵Vid. Supra., Capítulo III, 3.1.3. Como lo intenta PUPPE, Ingerborg, *La delimitación entre el dolo e imprudencia*...pp.112 y ss.

⁷²⁶Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.15.

⁷²⁷MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, PG, Astrea, Buenos Aires, 1995, Nro. 22, n°m. 1 y ss.

Consideramos que la voluntad y el conocimiento juegan un rol importante como datos empíricos, que pueden resultar útiles para la determinación de un comportamiento doloso o imprudente.

Para culminar con este apartado, en el mismo fundamento décimo noveno⁷²⁸, el Colegiado usa el término “absoluta indiferencia” frente a la posibilidad relevante del daño. El término indiferencia⁷²⁹ también pertenece a otro bagaje teórico como el de las teorías del riesgo; este término lejos de “establecer la objetivación del dolo” que es el objetivo de la Sentencia de Vista, no hace más que hacer depender la diferencia entre dolo e imprudencia de un elemento de actitud interna⁷³⁰ de carácter psicologicista.

Como hemos podido apreciar la profusión de términos utilizados en la fundamentación de la Sentencia de Vista, denota que el problema de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente es un problema de conceptualización y por ende ha repercutido en la diferenciación entre ambas categorías. Lo rescatable de la Sentencia de Vista, es que el Colegiado entiende que el dolo es un concepto disposicional y verificable mediante indicadores, por ello su fundamentación fuera de los defectos sustantivos advertidos se legitima a través de la confrontación de estos⁷³¹.

3.1.4.- Análisis y Comentario de la Sentencia del 49° Juzgado penal de la Corte Superior de Lima, de fecha 27 de abril del 2006

⁷²⁸ Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.15.

⁷²⁹ Sobre la indiferencia como elemento diferenciador entre el dolo frente a la culpa. Cfr. JAKOBS, Günther, “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, pp.345 y ss. El primero en utilizar el término indiferencia para referirse al dolo fue Engisch y lo hizo en los siguientes términos: “Si en cambio, se la emplea como mera constatación (refiriéndose a la primera fórmula de Frank), lo que se obtiene con ella es nada más que un indicio de la existencia de aquel hecho psíquico negativo-la indiferencia- que sí define al dolo en el ámbito de las realizaciones típicas”. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*....pp.229-258.

⁷³⁰ Sobre las teorías de la actitud interna. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*...pp.228 y ss.

⁷³¹ Vid. Supra., Capítulo III, 11.1.3., 11.1.4., La tesis de Hassemer. *El dolo como concepto disposicional verificable mediante indicadores*. Sin embargo, un sector de la doctrina se muestra contrario a aceptar este proceder porque no sustituye la definición conceptual abstracta y el problema radica en que no asegura consistencia e igualdad en el concepto; antes bien requiere incluso la legitimación del concepto definido en general. Cf. PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*....pp. 80-81.

En esta sentencia de instancia se condena North Carrión como autor del delito de homicidio doloso, artículo 106 del Código penal y lesiones graves dolosas, artículo 121, inciso 1 del Código penal.

En lo que respecta nuestro objeto de investigación, en la Acusación fiscal (fundamento quinto) y en la Sentencia (fundamento segundo) se afirma de modo general que lo relevante del hecho radica sólo en el “conocimiento de la probabilidad del incendio”⁷³².

En la doctrina nacional el profesor Caro Jhon⁷³³, opina que lo verdaderamente relevante de una representación de un resultado radica en lo que el actuante debía saber en el contexto complejo del suceso como parte de su ámbito de competencia personal, lo importante en definitiva es lo que el actuante debía saber en el contexto de la acción. Así en el caso concreto North Carrión debía saber como administrador de la discoteca que al momento de organizar una fiesta donde iba usarse el fuego como espectáculo; lo relevante no es la representación en sí (demasiado amplia) sino la representación concreta de que podía originarse un incendio.

Luego, el autor equipara al dolo eventual con la indiferencia, y la culpa consciente ocurre cuando el autor al representarse como probable un resultado, prosigue su ejecución con negligencia en el cumplimiento de un deber de cuidado. Es consciente porque el actuante se da cuenta que realiza una acción riesgosa, pero subestima su posible concreción en el resultado. Esto conduce a lo siguiente: lo que corresponde llevar a cabo en un proceso penal es si el autor actuó con indiferencia o negligencia respecto al deber de cuidado. Se tendrá que considerar la prueba externa concurrentes en el contexto social de la acción que demuestra la disposición interna del sujeto (y lo psicologizante)⁷³⁴.

⁷³² Resolución del 27 de abril del 2006, emitida por el 49° Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp. 27 y ss.

⁷³³ CARO JHON, José, El “Caso Utopía”: *Lo insignificante del casualismo y del psicologismo para la imputación normativa del tipo objetivo y tipo subjetivo*, pp.38 y ss., en *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010.

⁷³⁴ Ibid., p.42.

En el fundamento octavo⁷³⁵ de la Acusación fiscal, se afirma que el sólo hecho de haber contado con mangueras ante posibles incendios representa una “confianza irracional”, en vista que los extintores son equipos de “primera respuesta”. Así pues, la regulación del dolo en los artículos 11°, 12° y 14° del Código penal, no obliga a los ciudadanos a poseer conocimientos especiales, sino sólo un conocimiento estandarizado; solo así la norma tiene una vigencia general válida para todos los ciudadanos. Consecuentemente el reproche de la acusación fiscal se enmarca en un psicologismo donde prevalece el sentir u opinión parcializada del intérprete sobre la objetividad de los hechos en su contexto de realización⁷³⁶.

Finalmente, el profesor Caro Jhon cita a Jakobs, para justificar la pena natural: “así, quien pone en juego su vida, su cuerpo o su propiedad, así como su libertad (...) demuestra incompetencia y se comporta, en consecuencia, de forma “tal vez altamente” descuidada pero no indiferente”⁷³⁷.

3.1.4.1.- Valoración Crítica:

De nuevo en el fundamento segundo de la Sentencia se acude a un concepto impreciso para definir el dolo: “conocimiento de la probabilidad del incendio”. Una argumentación, imprecisa que proviene de la teoría de la representación que sustentaron autores como Mayer, Sauer, y Welzel⁷³⁸ en los primeros años de la segunda posguerra alemana, apoyados en una teoría de la probabilidad subjetiva y no lógica, como vimos el mérito de estos autores está en haber hecho renacer la teoría de la probabilidad del período clásico.

Así enunciada la proposición puede ser fundadora de un reproche objetivo de imprudencia. Entonces el Juez pudo haber argumentado que el autor tuvo

⁷³⁵ Resolución del 27 de abril del 2006, emitida por el 49° Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp. 34 y ss.

⁷³⁶ CARO JHON, José, El “Caso Utopía”: *Lo insignificante del casualismo y del psicologismo para la imputación normativa del tipo objetivo y tipo subjetivo*, p.43., en *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010.

⁷³⁷ Ibid., p.44, nota 7.

⁷³⁸ Vid. Supra., Capítulo III, 6.1.- Las teorías de la representación. El primer renacimiento de la teoría de la probabilidad., 6.1.1.- La tesis de Mayer., 6.1.2.- La tesis de Sauer., 6.1.3.- La tesis de Welzel., 6.1.4.- Valoración Crítica.

“conocimiento de la creación peligro inherente a la producción del resultado”⁷³⁹, o que tuvo el “conocimiento de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado capaz de producir el resultado”⁷⁴⁰; pero lo correcto en nuestra opinión era decir que “al autor le era previsiblemente objetivo evitar el incendio” si es que hubiese seguido todas las normas de seguridad de carácter administrativo.

No estamos de acuerdo, con el Profesor Caro Jhon, pues, precisamente lo que el autor debía saber al organizar un espectáculo de tal magnitud es que debía haber tomado las medidas necesarias para que no ocurran resultados desvalorados. Entendemos que “debía saber” hace referencia al deber de cuidado propio de los delitos imprudentes. Como hemos venido sosteniendo la identidad estructural (normativa) entre dolo e imprudencia⁷⁴¹, nos permite interpretar que “debía saber” es un deber general proveniente de una norma directiva de conducta, y en el caso concreto de North Carrión, como administrador le competía en su posición de garante el deber de información, acerca del espectáculo que se iba a realizar.

El dolo eventual es identificado con indiferencia hacia los bienes jurídicos, volvemos a decir que la indiferencia es una actitud interna, aún en el espectro de lo psicologizante. Sobre la definición de culpa consciente, prácticamente coincide con el fundamento segundo de la Sentencia: “el conocimiento probable del incendio” y por otra parte: “la representación probable del resultado”; entendemos que en ambas definiciones probable es igual a “conocimiento inseguro”⁷⁴²; por esta razón al empezar este apartado decíamos que la proposición del Juez, podía caracterizar tanto el dolo como la imprudencia. Para el Profesor Caro Jhon, el que actúa de forma imprudente es consciente de la realización de la acción riesgosa, sin embargo subestima la producción del resultado, esta definición no es nada clara, pues quien actúa dolosamente también es consciente de la realización de la acción riesgosa, pero confía en que el resultado no se producirá, tal como sostienen las teorías de la aprobación o del consentimiento⁷⁴³; la imprudencia es un reproche objetivo (pues viene dado por las normas de sanción) dirigido a la acción de un

⁷³⁹Vid. Supra., Capítulo III, 9.1.7.- La tesis de Puppe., 9.1.8.- Valoración Crítica., 9.1.8.1.- ¿Aparente circularidad en el concepto propuesto?

⁷⁴⁰Coincidiendo con la tesis de Frisch. Vid. Supra., Capítulo III, 8.1.3.- La tesis de Frisch., 8.1.4.- Valoración Crítica.

⁷⁴¹ Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Antijuridicidad penal y sistema del delito...pp.737-746.

⁷⁴² Como lo sostenía Sauer al caracterizar el dolo eventual. Vid. Supra., Capítulo III, 6.1.2.- La tesis de Sauer.

⁷⁴³Vid. Supra., Capítulo III, 3.1.- La teoría de la aprobación o del consentimiento.

autor hipotético, que pudo prever objetivamente de forma atenuada el apartamiento de una norma de comportamiento⁷⁴⁴, es decir la previsibilidad objetiva aquí es menor, o sea la peligrosidad es abstracta, en relación al resultado. Por otra parte, estamos de acuerdo en que se tendrá que acudir a indicadores externos, para poder saber con mejor corrección las actitudes internas.

En el fundamento octavo⁷⁴⁵ de la Acusación fiscal se usa el término: “confianza irracional” ante la ausencia de extintores, nos parece que no es correcto adscribir una actitud interna que el sujeto pudo o no pudo haber tenido, sin embargo consideramos, que las actitudes psíquicas en cuanto propiedades disposicionales pueden ser demostradas en un proceso penal, y lo cierto es que hay conocimientos, creencias, confianza, que pueden ser racionales o irracionales todo depende del contexto o del sistema normativo, en el caso en concreto no es una actitud “racional” no tener extintores. Estamos de acuerdo con el Profesor Caro Jhon, en la interpretación que hace de los artículos 11°, 12° y 14° de nuestro Código penal, en el sentido que en ninguno de ellos obliga a los ciudadanos a tener conocimientos especiales, pues son los conocimientos estandarizados los que permiten la vigencia, validez y legitimidad de una norma directiva de conducta, tal como lo hemos venido sosteniendo desde nuestro marco teórico. Sin embargo, en nuestra opinión al tener el autor un deber de garante, ¿no tendría también un deber de aseguramiento?; respecto a las medidas de seguridad, sabiendo que se iba a realizar un espectáculo de tal magnitud.

3.1.5.- Análisis y Valoración Crítica de la Sentencia del 21 de noviembre del 2006, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima

La Sala decidió revocar la sentencia de instancia en el extremo de la condena por el delito de homicidio en dolo eventual en comisión por omisión, pues no se presentaban los elementos para la configuración de un delito doloso.

⁷⁴⁴Vid. Supra., Capítulo IV., 1.3.1.- ¿Qué debe entenderse por dolo e imprudencia?

⁷⁴⁵Resolución del 27 de abril del 2006, emitida por el 49° Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp. 34 y ss.

Así lo destaca la Sala en el fundamento trigésimo, en donde señala los elementos propios del delito de omisión impropia. Además, señala de manera taxativa la posición de garante, los mismos que deberán ser tomados en cuenta para valorar el comportamiento del agente. Por otro lado, en el considerando trigésimo primero, la Sala establece que el dolo eventual tiene una característica muy singular, pues constituye la frontera entre dolo e imprudencia, y que además el sujeto en su actuar al conformarse con la alta probabilidad del resultado actúa con dolo eventual, mientras que si el sujeto actúa en la creencia que el peligro no va a concretarse, su comportamiento se subsume en la culpa consciente. Luego la Sala hace un contraste de los indicadores, como que el agente no estaba en el lugar de los hechos, pero que al enterarse de lo sucedido fue al lugar y ayudó a rescatar a algunas personas del interior del local, que no pudo evitar que Roberto Ferreyros prendiera fuego al interior de la cabina del disk jockey, no consintió que se manipulara fuego en dicha cabina, pero no contaba con luces de emergencia, extintores ni con las señales de salida adecuadas. Todos estos indicadores fueron valorados para establecer que el agente actuó con culpa consciente; e incluso la Sala señala que los gastos de sepelio, hospitalización y gastos de traslado de familiares fue cubierto por la familia del procesado⁷⁴⁶.

Más aún si posteriormente la Sala refiere que el procesado no observó el deber de cuidado que le imponían las recomendaciones del Instituto de Defensa Civil, vinculadas a contar con extintores, salidas de emergencia señalizadas, iluminación de emergencia⁷⁴⁷. En virtud de los fundamentos antes mencionados, se aprecia que la Sala, descarta la imputación por delito de homicidio calificado en dolo eventual por lucro, pues según su argumentación resulta incoherente que el negocio de la discoteca haya tenido como finalidad matar personas y obtener un beneficio ilegítimo⁷⁴⁸.

La Sala establece un criterio muy puntual respecto al riesgo de los delitos, pues se trata de un elemento común tanto para los delitos dolosos como imprudentes⁷⁴⁹, y por ello

⁷⁴⁶Se puede ver ello en la Resolución del 21 de noviembre del 2006, emitida por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.99.

⁷⁴⁷Resolución del 21 de noviembre del 2006, emitida por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.97.

⁷⁴⁸Resolución del 21 de noviembre del 2006, emitida por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.98.

⁷⁴⁹En este sentido, MIR PUIG, PG, pp.254 y ss.

establece que no puede ser considerado como exclusivo del dolo eventual⁷⁵⁰, estableciendo la necesidad de determinar si el procesado conocía seriamente la posibilidad de que se produzca no solo un incendio, sino sobre todo la muerte y las lesiones de las personas que concurrían a la discoteca.

3.1.5.1.- Valoración Crítica:

Esta Sentencia de Vista por mayoría adecúa el tipo legal y revocando la sentencia de primera instancia del veintisiete de abril de dos mil seis, absuelve a North Carrión de los delitos de homicidio doloso y lesiones graves, y lo condena por los delitos de homicidio culposo y lesiones graves culposas⁷⁵¹.

Contra la sentencia, la defensa de la parte civil presentó recurso de nulidad, que fue declarado improcedente, al igual que la que la queja excepcional que fue declarada inadmisibles, según lo dispuesto por el Decreto Legislativo 124.

En queja directa ante la Sala Penal de la Corte Suprema, ésta la declara fundado el recurso promovido por la parte civil⁷⁵²; el objeto de la argumentación de los considerandos por parte de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, serán analizados luego.

En lo que respecta a la Sentencia de Vista del 21 de noviembre del 2006, está ha recibido la mayoría de adhesiones por parte de un sector de la doctrina nacional. Así por ejemplo, con buen criterio Rodríguez Delgado⁷⁵³, opina que el criterio seguido por la Sala al contrastar los diferentes indicadores “externos” que se presentaron en el caso en concreto es método similar al seguido por Hassemer⁷⁵⁴, opinión con la que estamos de acuerdo, y que fue objeto de nuestro estudio al momento de tratar las teorías de índole procesal, que tienen como denominador común, el de desacralizar los conceptos de dolo, propuestos por la doctrina e incorporarlos como indicadores, así criterios como el

⁷⁵⁰ Resolución del 21 de noviembre del 2006, emitida por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.101.

⁷⁵¹ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 5

⁷⁵² Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 6

⁷⁵³ RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*....p.372.

⁷⁵⁴ Vid. Supra., Capítulo III, 11.1.3.- La tesis de Hassemer. *El dolo como concepto disposicional verificable mediante indicadores*.

“tomar en serio el peligro”, “contar con”, “conformarse” “aceptar o consentir” dejan de tener una importancia conceptual, para ser objeto de contraste junto con otros indicadores que pueden negar la relevancia de la afirmación de dolo.

Si bien es cierto Hassemer asume la posición de Roxin, en lo que respecta a la decisión en favor de la lesión de bienes jurídicos, considera al igual que Díaz Pita que el dolo es concepto disposicional, es decir, susceptible de ser demostrado en un contexto de comunicación intersubjetiva como en el proceso penal, precisamente a través del uso de indicadores. Sin embargo, advertimos que no pueden ser considerados indicadores conceptos que se tengan sobre dolo e imprudencia, sino sólo datos empíricos, confianzas, creencias, conocimientos, voluntades y circunstancias fácticas, y en este sentido es usado en la motivación de la Sentencia de Vista⁷⁵⁵.

Aquí cabe hacer una atinencia sobre el método operacional utilizado en el presente trabajo de investigación, como hemos podido apreciar los datos empíricos son objeto de análisis tanto en el injusto como en la culpabilidad, lo cual no significa asumir una “doble posición del dolo” tanto en el injusto como en la culpabilidad; el objeto de análisis en un proceso penal son los datos psíquicos, físicos, en suma los datos empíricos, tradicionalmente conocidos como elementos subjetivos del injusto; ellos a su vez, en tanto base empírica conforman los conceptos de dolo e imprudencia. Con esto queda claro que en nuestro trabajo de investigación se respeta el principio de responsabilidad subjetiva y se asume, por ende, la proscripción prevista en el artículo VII del título preliminar. El reproche objetivo del dolo y la imprudencia se refieren a acciones (hechos) en otro estadio como en la culpabilidad, y en virtud de las normas de sanción corresponderá un “reproche individual” al sujeto, en respeto al principio de culpabilidad de *nulla crimen sine culpa*⁷⁵⁶.

En otra parte de la obra de Rodríguez Delgado, se muestra de acuerdo con la motivación de la Sentencia de Vista, por lo siguiente: “el elemento subjetivo del delito imprudente en donde el agente para actuar con dolo debe abarcar con su infracción de la norma de

⁷⁵⁵Sobre las deficiencias de la tesis de Hassemer. Vid. supra., Capítulo III, 11.1.4.- Valoración Crítica.

⁷⁵⁶Sobre el particular. Vid. Supra., Capítulo IV, 2.2.- El método operacional de Pérez Barberá, su denominado “metaconcepto de dolo”.

cuidado el resultado, mientras que para la actuación con culpa, se requiere abarcar sólo la infracción de la norma de cuidado, y no del resultado”⁷⁵⁷.

En otra parte de su obra, parece apoyar esta opinión: “Me inclino por reconocer que la norma penal es una norma de determinación, y en razón de ello solo una norma de ese tipo puede motivar de forma racional el comportamiento del sujeto dentro de los parámetros de cuidado exigidos, sin perder de vista que la norma de cuidado, como una norma de terminación, busca evitar que se lesionen bienes jurídicos objeto de tutela de dichas normas, por un sujeto, que tenía la posibilidad de prever y evitar la lesión de bienes jurídicos, pues lo inevitable e imprevisible no es exigible a ninguna persona”⁷⁵⁸. “Sin dejar de reconocer que en la función de determinación de la norma subyace una prohibición (...)”⁷⁵⁹

No nos parece correcto que se equipare al resultado del tipo imprudente con un suceso empírico. O ambos, tanto el injusto imprudente como su resultado tienen el mismo sentido conceptual, o por el contrario deben ser entendidos como entidades empíricas, estableciéndose de este modo una regla de correspondencia, en sentido lógico, o si se quiere una relación de correspondencia. Al afirmar que el resultado no constituye o no integra el tipo imprudente, se llega a quebrar una relación lógica y en consecuencia se puede caer en contradicciones insalvables⁷⁶⁰.

Lo único que puede ser objeto de una constatación empírica es un suceso, no un concepto⁷⁶¹. El concepto designa y define, y es susceptible de ser probado empíricamente, como lo hace la Sentencia de Vista, a través del contraste de indicadores; eso si a partir de los particulares conceptos sobre dolo e imprudencia de los que parten.

Quizás esto se debe a que el autor, parta de considerar a la norma penal como una norma de determinación que motive a sus destinatarios (ciudadanos) a no cometer

⁷⁵⁷RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*....p.374.

⁷⁵⁸RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*....pp. 116, 117 y 118., con abundantes referencias bibliográficas

⁷⁵⁹RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*....p.117., nota 244.

⁷⁶⁰Sobre las inconsecuencias teóricas y prácticas de considerar que el resultado no pertenece al injusto. Vid. Supra., Capítulo III, 7.1.4.- La tesis de Zielinski, 7.1.5.- Valoración Crítica.

⁷⁶¹Cf. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*...pp. 745 y ss.

injustos imprudentes y se rijan bajo parámetros de cuidado. Lo cual desde nuestro punto de vista, no es admisible ya que hemos establecido que las normas de sanción cumplen una función distinta a las normas de comportamiento, y en el caso en concreto se da una relación normativa completa que comunica intersubjetivamente, de allí la formación de un consenso de dirimencia de estos conflictos intersubjetivos a través del proceso penal que originó la tragedia de la discoteca “Utopía”⁷⁶². Nos parece que no es conveniente asumir una postura en donde en la norma de determinación “subyace” el contenido de la prohibición. Por lo tanto, tanto en el tipo doloso como en el tipo imprudente, hay un reproche objetivo porque se realiza un resultado desvalorado⁷⁶³.

Otra cuestión que fue objeto de tratamiento en la presente Sentencia de Vista⁷⁶⁴, era la de determinar si el tipo subjetivo de los delitos de comisión es diferente al tipo subjetivo del delito de omisión, o si, por el contrario, entre ambas formas de realización de la conducta delictiva existe sólo una diferencia fenomenológica (ontológica), y, por ende, normativamente irrelevante, lo que implicaría a su vez una idéntica imputación subjetiva a la comisión y a la omisión.

Con absoluta corrección el Profesor Caro Jhon⁷⁶⁵ absuelve esta cuestión, en los siguientes términos: acción y omisión son dos formas de manifestación de la conducta diferenciables en el mundo exterior, pero que en el plano normativo tienen en común generar un sentido penalmente relevante para la imputación penal⁷⁶⁶. Esto significa que es irrelevante distinguir acción y omisión en su fenomenología, lo único relevante para el Derecho penal es la expresión de un sentido jurídico-penal que comunique el comportamiento en un contexto social correcto. La posición de garante es el elemento que determina la expresión del sentido jurídico-penalmente relevante de la conducta. Perteneciendo a la conducta, entonces la posición de garante es un elemento de los delitos de comisión y omisión. Por otra parte, la imputación subjetiva (a título de dolo o

⁷⁶²Sobre la fundamentación y naturaleza de la teoría de las normas y su determinación de los estados de las cosas que se quieren promover o evitar. El desvalor del resultado. Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito...*pp. 672-684.

⁷⁶³Vid. Supra., Capítulo IV, 1.3.4.2.- ¿Qué debe entenderse por reproche objetivo?

⁷⁶⁴Resolución del 21 de noviembre del 2006, emitida por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.101.

⁷⁶⁵CARO JHON, José, *De nuevo sobre el “Caso utopía”: Lo común de la imputación subjetiva en los delitos de comisión y omisión.*, pp. 53-75., en *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010.

⁷⁶⁶En el mismo sentido, mediante el cual según las consecuencias de la teoría de las normas; todos los delitos comparten la misma estructura. Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito...*pp.737-746.

culpa) es idéntica a la acción y a la omisión. No existe dolo comisivo diferenciado del dolo omisivo. El dolo, tanto para la acción como para la omisión es uno, porque normativamente acción y omisión están unificados como comportamientos penalmente relevantes, superadores del riesgo permitido. Los delitos de homicidio y lesiones imputados a North Carrión, son imputables objetivamente por comisión por omisión en la medida que las pruebas demuestran que administró su posición de garante (deberes de aseguramiento) de manera defectuosa. Este defecto es imputable subjetivamente a título de culpa consciente, toda vez que su conducta expresa el sentido de haber podido representarse los hechos en el contexto social de ejercicio de su actividad empresarial habiéndolos podido evitar si no habría adoptado las medidas de seguridad pertinentes de manera deficiente.

Por último, considera que la adecuación del tipo penal realizado por la Sala Penal Superior, de delito de homicidio doloso y lesiones dolosas (dolo eventual) a culposas (culpa consciente) no lesiona el principio de legalidad. Esta adecuación se basa en que el inculcado, fue procesado por los delitos de homicidio y lesiones, tanto a título de dolo como de culpa, con lo cual nada impide que dentro de los contornos de la tipicidad propia a dichos delitos pueda ser realizada la adecuación, siempre y cuando sea motivada suficientemente y con base en un material probatorio, como sucedió en el presente caso. Se trata de una interpretación judicial que forma parte de los ámbitos de competencia reconocidos constitucionalmente a todo juzgador⁷⁶⁷.

Estamos de acuerdo con el autor, ya que como vimos en nuestro marco teórico todos los delitos comparten la misma estructura normativa, inclusive en el Anteproyecto de Código penal del 2004 se pone una cláusula de equivalencia que sirva de ayuda al juzgador, así en el artículo 13: “El que omita impedir la realización de un hecho punible de resultado, será sancionado, si el no evitarlo, *equivale*, según el texto de la Ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer”⁷⁶⁸.

Ya en el ámbito propio de nuestro trabajo de investigación, Puppe, opina que para el dolo de omisión deben concurrir dos requisitos: 1) tiene que existir un gran peligro de

⁷⁶⁷CARO JHON, José, *De nuevo sobre el “Caso utopía”: Lo común de la imputación subjetiva en los delitos de comisión y omisión.*, pp. 74-75.

⁷⁶⁸Anteproyecto del Código penal del 2004, p.32.

realización del tipo, y 2) el autor tiene que tener una gran chance conjurarlo. La representación del autor de ambos hechos configura el dolo de omisión⁷⁶⁹.

3.1.6.- Análisis y Valoración Crítica de la Resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que resuelve el Recurso de Nulidad N° 2167-2008, de fecha diez de diciembre del 2010

Entre los antecedentes que resuelve el Recurso de Nulidad N° 2167-2008, tenemos que el mismo fue planteado por la parte civil contra la Sentencia de Vista del veintiuno de noviembre del dos mil seis y al haber sido declarado fundado mediante Ejecutoria Suprema del doce de noviembre del dos mil siete. Señalando la Sala que esta decisión fue dictada a mérito de la admisión de la queja directa por Ejecutoria Suprema del veintisiete de abril del dos mil siete⁷⁷⁰.

En el segundo fundamento⁷⁷¹, se establecen los límites sobre los cuales se pronunciará el Recurso de Nulidad. La parte civil alega que se vulneró el principio de legalidad, al haberse hecho un juicio errado respecto al juicio de tipicidad al subsumir el hecho del encausado North Carrión en los delitos de homicidio culposo y no en los delitos de homicidio doloso con dolo eventual por omisión impropia, por carecer de legitimidad para la tipificación. En segundo lugar, en que aceptó las alegaciones referidas a la supuesta cosa juzgada formal (la sentencia de vista habría omitido tener en cuenta la sentencia del veinticuatro de noviembre del dos mil cuatro); así como a la presunta incorrecta e insuficiente motivación del objeto de decisión. El Tribunal *Ad Quem* se desvinculó de la calificación jurídica fijada en la acusación fiscal, absolviendo inclusive por homicidio y lesiones dolosas. Sólo analizó el aspecto subjetivo de los delitos de omisión impropia, el dolo omisivo, sin atender que el aspecto subjetivo de los delitos de comisión, en razón a sus diferencias estructurales no es idéntico y posee particularidades relevantes, por lo que habría una motivación indebida respecto a las razones por las que se descartó los argumentos de la parte civil.

⁷⁶⁹PUPPE, La distinción entre dolo e imprudencia, p.150.

⁷⁷⁰ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 1.

⁷⁷¹ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 2.

La Sala en el fundamento tercero⁷⁷², establece los hechos que integran el objeto procesal. En horas de la madrugada del veinte de julio del dos mil dos tuvo lugar un evento denominado “Fiesta Zoo”, con presencia incluso de animales no domésticos de propiedad del circo “Hermanos Gasca”, en la discoteca Utopía, ubicada en el Centro Comercial Jockey Plaza, de propiedad de Inversiones García North Sociedad Anónima Cerrada, cuyo Gerente General era el encausado Percy North Carrión. El imputado Ferreyros O’Hara, quien en esos momentos se encontraba trabajando en la aludida discoteca, realizó actos de fuego, al punto que ingresó en la cabina del disc jockey, y utilizó un aerosol (Wizzard) con el que hace contacto con el fuego que utilizaba para el espectáculo, lo que provocó que una llama que llegó a expandirse y causó un incendio. En vista de la adecuada falta de señalización, y como cerca de las puertas de emergencia se encontraban mesas y sillas que impedían una adecuada evacuación, la manguera contra incendio no fue señalizada debidamente y estaba tapada con una placa de fierro, y teniendo en cuenta además, que ese día la discoteca soportaba una gran cantidad de asistentes, dicho siniestro originó la muerte de algunas personas así como lesiones en otras. El imputado North Carrión no adoptó todas las medidas de seguridad para afrontar este tipo de siniestro (incendio), incluso inició las actividades de la discoteca sin contar con la licencia de funcionamiento de la Municipalidad respectiva.

Basado en estos hechos, la Sala resuelve en el fundamento primero⁷⁷³ del ámbito del análisis impugnativo, el cual se centró en dos aspectos: (I) Vulneración de la cosa juzgada, la sentencia de vista habría omitido la sentencia del veinticuatro de noviembre del dos mil cuatro⁷⁷⁴ (que declaró nula la sentencia del treinta de abril del dos mil cuatro, que condenó a North Carrión por homicidio y lesiones culposas) y la (II) Incorrecta e insuficiente motivación del objeto de decisión, el Tribunal al desvincularse de la calificación jurídica fijada en la acusación fiscal sólo analizó el aspecto subjetivo del delito de omisión impropia, el dolo omisivo, sin atender al aspecto subjetivo del delito de comisión, en razón a sus diferencias estructurales no es idéntico y posee particularidades relevantes, por lo que habría una indebida motivación respecto de las razones por las que descartó los argumentos de la parte civil.

⁷⁷² Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., pp.2-3.

⁷⁷³ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 6.

⁷⁷⁴ Vid. Supra., 3.1.3.

Desde esta perspectiva, la Sala considera en el fundamento tercero⁷⁷⁵, que es el caso analizar dos aspectos centrales: a) la cosa juzgada; b) la garantía de motivación de la sentencia de vista. Respecto a la garantía de la cosa juzgada⁷⁷⁶, es evidente que la sentencia de vista de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro⁷⁷⁷, que declaró nula la sentencia de primera instancia y nulo el auto de apertura de instrucción del cinco de setiembre de dos mil dos, en el extremo que abrió instrucción contra North Carrión por los delitos de homicidio culposo y lesiones graves culposas, y ordenó que se remita el expediente a otro Juez quien dirigió los actuados al Ministerio Público para que proceda de acuerdo a sus atribuciones, por su firmeza adquirió la calidad de cosa juzgada formal. Ésta, a su vez, es presupuesto de la cosa juzgada material, que despliega efectos positivos y negativos: ejecutoriedad, prejudicialidad, de un lado, y *ne bis in ídem*, de otro⁷⁷⁸.

Prosigue el razonamiento de la Sala en el fundamento quinto⁷⁷⁹, lo que debe entenderse por el efecto prejudicial de la cosa juzgada. Y ello, se basa en que la sentencia que haya puesto fin a un proceso vincula a un órgano jurisdiccional de un proceso posterior cuando este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que las partes sean las mismas, en concreto el imputado⁷⁸⁰. En el presente caso, es de destacar que la sentencia de vista fue anulatoria, no es de fondo y firme, de ahí que es posible negar la vulneración del *ne bis in ídem* procesal, y frente a ello se estableció la calificación jurídico penal como jurídicamente incorrecta, ordenó un nuevo proceso bajo pautas legales de tipificación predeterminadas. En dicha causa se discutió, con la plena participación de las partes, la dimensión y la consecuente calificación jurídica de los hechos, absolutamente los mismos en ambos casos, y sobre tal fundamento, el Tribunal Superior emitió la sentencia respectiva, que es la base del efecto prejudicial.

⁷⁷⁵ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 7.

⁷⁷⁶ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 8.

⁷⁷⁷ Vid. Supra., 3.1.3.

⁷⁷⁸ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 8.

⁷⁷⁹ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 8.

⁷⁸⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2007, pp.705-708.

En opinión de la Sala⁷⁸¹, la sentencia de vista recurrida no indica que en esta segunda causa se hayan incorporado hechos nuevos ni pruebas nuevas, tampoco que se presentaron otras variables o circunstancias del objeto procesal que permitan una legítima alteración o modificación jurídica de lo ya establecido. En todo caso, estas referencias no han sido expuestas como tales en el fallo de vista recurrido ni se ha incorporado el fundamento o justificación correspondiente. Esta situación genera la vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva al dictarse una resolución contrapuesta, en lo esencial, a otra dictada anteriormente pese a que existe identidad en el supuesto en los datos con relevancia jurídica.

En consecuencia (fundamento sexto)⁷⁸², el cambio de tipificación hecho por el Tribunal, sin atender a las premisas procesales antes precisadas, vista el fallo de vista por vulnerar una garantía de relevancia constitucional, como es la cosa juzgada, en concordancia con la garantía de motivación: inexistencia de razones jurídicas en que se apoya para justificar su apartamiento. Se incurrió, por tanto, en una causal de nulidad, prevista en el artículo 298°.1 del Código de Procedimientos Penales⁷⁸³.

Respecto a la vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales. La Sala en el fundamento sétimo⁷⁸⁴ reproduce los argumentos por los cuales en el fallo recurrido se le condena a North Carrión por homicidio y lesiones culposas, los argumentos son los siguientes: (I) El encausado North Carrión no actuó con dolo eventual porque esta calificación exige que el agente debe considerar seriamente la probabilidad del resultado dañoso y actuar a pesar de dicha probabilidad; (II) El encausado North Carrión actuó con culpa consciente porque en autos: a) no está acreditado que su conducta fuera la causante del incendio, b) no está acreditado que autorizó a Ferreyros O' Hara la realización de espectáculos de fuego en el interior de la cabina de la discoteca Utopía, c) no está acreditado que prender una llamarada de fuego con aerosol constituya parte del espectáculo, y d) no pudo evitar que prenda el fuego al

⁷⁸¹ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 8.

⁷⁸² Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 9.

⁷⁸³ Artículo 298°. 1: "Cuando la sustanciación de la instrucción, o del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal"

⁷⁸⁴ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 9.

interior de la cabina del disc jockey porque no estuvo presente en dicho lugar; (III) El encausado North Carrión pudo evitar que el fuego se propague si hubiera cumplido con el deber de cuidado según las exigencias y las recomendaciones del Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI) realizadas en la discoteca el treinta de abril del dos mil dos.

Al respecto la Sala en el fundamento octavo⁷⁸⁵, considera que el aspecto subjetivo del tipo legal puede determinarse a través de criterios de racionalidad mínima. Señala la Sala, que es evidente que los sujetos que procuren realizar una acción tienden a asegurar el resultado que pretenden, aunque también existen acciones no intencionales, que son siempre consecuencias no queridas y no previstas de otra acción. Entonces, para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo a la presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo, conducta externa, y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia. Al parecer de la Sala estas reglas no fueron seguidas en la sentencia recurrida.

Conforme con este parecer, la Sala, afirma que los hechos no fueron evaluados con escrupulosidad. Así se puede colegir del fundamento décimo⁷⁸⁶, donde se afirma que los datos no fueron considerados en su correcto significado. Si se toma en cuenta estos datos y se les valora conjuntamente, en armonía con la abundante prueba personal existente en autos, las conclusiones respecto a la imputación subjetiva pueden ser distintas. Por este motivo, la Sala considera que el Tribunal Superior no desarrolló con el rigor necesario los requisitos formales y materiales de la prueba indiciaria. Así las cosas, se está ante un supuesto de motivación sofística, aparente o falsa. La motivación de la sentencia adolece de errores relevantes de apreciación de las pruebas. Ya que el Tribunal Superior ignoró, para su valoración, elementos esenciales, y, por ende, excedió los límites de racionalidad en su valoración⁷⁸⁷.

Si bien es cierto el Tribunal *Ad Quem* cambió la calificación del hecho punible, no sólo presentó una argumentación incompleta, sino que desconoció palmariamente las pruebas que objetivamente conducen a conclusiones diversas, tal defecto de motivación

⁷⁸⁵ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 10.

⁷⁸⁶ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 11.

⁷⁸⁷ RODRÍGUEZ CHOCONTÁ, Orlando, *Casación y Revisión Penal*, Temis, Bogotá, 2008, p.233.

socava a la estructura fáctica y jurídica del fallo⁷⁸⁸. Por tal razón la Sala declara nula la sentencia del veintiún de noviembre de dos mil seis y ordenó se remitan los autos a otro Colegiado para que dicte otra sentencia, teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos desarrollados en esta Ejecutoria⁷⁸⁹.

3.1.6.1.- Valoración Crítica

El cambio de la calificación legal que es una de las causales de nulidad, no originaría problema alguno en el caso en concreto si la parte acusadora la hubiese propiciado, ello conforme al principio *iura novit curia* según el cual el tribunal no queda nunca vinculado por la adecuación jurídica postulada por las partes. Sin embargo, la variación de la calificación legal no puede traer aparejada en ningún caso una mutación del hecho por el cual se acusó, pues ello vulneraría el principio de congruencia procesal y con ello el derecho de defensa⁷⁹⁰.

Incluso hay supuestos excepcionales en que también un cambio de tipificación puede lesionar el derecho de defensa del imputado. Por ello habrá que ponderarse en cada caso en concreto tomando como criterio orientador el siguiente: siempre que la calificación legal aplicada por el tribunal difiera de la que postuló la acusación, violará el derecho de defensa cuando el tipo penal escogido, aun cuando a él se adecue el mismo hecho contenido en la acusación, contenga elementos descriptivos y normativos que le otorguen al hecho un alcance diferente agravando la situación del acusado, de manera tal que de haber conocido tales elementos tempestivamente habría podido refutar su aplicabilidad al caso⁷⁹¹. Por esta razón el cambio de tipificación legal vulneró el principio de cosa juzgada material cuyos fundamentos se encuentran en la ejecutoriedad, prejudicialidad, y el principio del *ne bis in idem*, al apartarse de los fundamentos de la sentencia de vista de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro, con una motivación aparente o falsa.

⁷⁸⁸ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 12.

⁷⁸⁹ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 14.

⁷⁹⁰ JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012, p.510.

⁷⁹¹ Loc. Cit.

La causal de nulidad prevista en el artículo 298°.1; también se orienta a la fundamentación insuficiente o deficiente de la sentencia recurrida que se produce cuando no se describen detalladamente cuáles fueron los medios de prueba tenidos en cuenta y su contenido, con la expresión de los razonamientos de inferencias que se hayan realizado para adoptar la decisión. Dentro de este supuesto se encuentra también el vicio referente a realizar una valoración del material probatorio que lesiona los principios de la sana crítica, logicidad y razón suficiente⁷⁹². Como quedo motivado, en el fundamento undécimo⁷⁹³ del Recurso de Nulidad.

Ahora bien, el recurso de nulidad fija la *ratio decidendi* que no es otra cosa que la razón para decidir que aplicado al ámbito jurisdiccional sería la razón o el conjunto de razones que tendrá que tener el Tribunal que juzgará el caso de la discoteca Utopía, y éste tendrá que ser resuelto bajo los fundamentos esgrimidos en el recurso de nulidad. En un sentido amplio se puede definir a la *ratio decidendi* como una regla jurídica que resuelve una cuestión puesta en conocimiento del juez o tribunal; regla, que según el principio de igualdad y universalidad vincula al juez o tribunal futuro⁷⁹⁴. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema se inclina por una calificación legal favorable por el dolo eventual, pues a su parecer la totalidad de pruebas no han sido merituadas ni actuadas de forma debida⁷⁹⁵.

3.1.7.- Análisis y Valoración Crítica de la Sentencia del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima

En la Sentencia de Vista del veintidós de noviembre del dos mil once, emitida por la Tercera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, condena a North Carrión por los delitos de homicidio doloso (artículo 106° del Código penal) y lesiones graves dolosas (

⁷⁹²JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012, p.513.

⁷⁹³ Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008., p. 12.

⁷⁹⁴CASTILLO ALVA, José, “*La motivación suficiente en materia penal*”, en Principios fundamentales del Nuevo Proceso Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p.108.

⁷⁹⁵Cf., los fundamentos octavo, noveno, décimo y undécimo de la Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008.

artículo 121°, inciso 1 del Código penal) a 13 años de pena privativa de libertad⁷⁹⁶. Por los siguientes fundamentos.

En el fundamento vigésimo primero⁷⁹⁷, la Sala indica que para determinar la responsabilidad penal sea por dolo eventual o imprudencia consciente, implica obtener consecuencias diferenciadas derivadas de nuestro ordenamiento penal vigente. En primer lugar del principio de legalidad se desprende que la imputación a título de dolo es general (*numerus apertus*) y la culpa es excepcional (*numerus clausus*), así lo establece el artículo 12° del Código penal, lo que implica que solo será imputable a título de culpa cuando este expresamente previsto en la norma jurídica. En segundo lugar la mayor intensidad de la reacción penal es mayor para los delitos dolosos que para los delitos culposos; lo que representa la menor penalidad que debe recibir la imprudencia consciente frente al dolo eventual y este último, ante otros tipos de dolo. En tercer lugar la mayor extensión de la punibilidad en los actos dolosos que en los actos culposos, pues la tentativa puede ser admitida en todos los delitos dolosos de comisión u omisión, mientras que en los delitos imprudentes no hay tentativa, asimismo, no es admitida la participación en los delitos culposos, a diferencia de los delitos dolosos, pues en todos los casos culposos se considera como autoría⁷⁹⁸. En el fundamento vigésimo segundo, la Sentencia de Vista, reproduce el razonamiento del fundamento undécimo de la Sentencia del veinticuatro de noviembre del dos mil cuatro; en el sentido que dado que no al no existir una definición de dolo y culpa en nuestro ordenamiento penal vigente corresponde al juzgador interpretar la ley conforme a criterios teleológicos y de racionalidad sistemática⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.73. Un análisis sucinto sobre la cuestión puede verse en: SENISSE ANAMPA, Carlos Alberto, *Entre el dolo eventual y la culpa consciente. A propósito del Caso Utopía*, pp. 72-84., en Gaceta penal y Procesal penal, Tomo 50, Gaceta Jurídica, Tomo 50, agosto, 2013.

⁷⁹⁷ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp.32-33

⁷⁹⁸ Este fundamento guarda similitudes con el fundamento décimo cuarto de la Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.10.

⁷⁹⁹ Cf. El fundamento décimo quinto de la Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente N° 306-2004, p.11. Con la fundamentación del considerando vigésimo segundo de la Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp.33.

En este orden de ideas, la Sala considera en su fundamento vigésimo tercero⁸⁰⁰ que el dolo es conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos objetivos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos⁸⁰¹, comprendiendo el conocimiento la realización de todos los elementos estructurales de la imputación objetiva, aspectos descriptivos, normativos, elementos de la autoría, causalidad y resultado, agravantes y atenuantes contenidos en el tipo objetivo. Luego de ello, la Sala afirma que el elemento cognitivo del dolo se encuentra conformado por la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y por la representación del resultado dañoso⁸⁰². Mientras que el elemento volitivo del dolo se encuentra caracterizado por la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, lo que implica un querer realizar los elementos del tipo objetivo; generándose el dolo en la fase interna del sujeto activo-ideación-continuando hasta la consumación del hecho delictivo, donde se concretiza mediante conductas externas, las mismas que deben ser analizadas en el contexto del hecho criminoso; en ese sentido, Hurtado Pozo ha señalado que el aspecto subjetivo del tipo legal está constituido por referencias del mundo interno del autor utilizadas para describir el acto incriminado e infiere que el autor obra con dolo cuando es consciente y quiere el acto y el resultado⁸⁰³; empero, no se manifiesta antes o después de la realización del tipo objetivo, pues resulta inocuo a las exigencias punitivas, pero tampoco es necesario que se presente durante toda la ejecución.

Por lo tanto, la posición asumida por la Sala es la del dolo volitivo, ello en virtud de lo resuelto por nuestros tribunales; y de la inferencia que hace de los artículos 14° y 16° del Código penal (error de tipo y de prohibición y tentativa respectivamente), en el artículo 14° se establece que el desconocimiento de un elemento del tipo penal, excluye el dolo; de lo que se infiere que el dolo como elemento subjetivo del tipo exige el conocimiento de los elementos del tipo, o de las circunstancias agravantes; y por otro lado el artículo 16° señala que tiene que haber decisión por parte del agente de realizar los elementos objetivos del tipo penal, que de no realizarse quedarían en el estadio de la tentativa. En el mismo fundamento la Sala, cita a Roxin, estando de acuerdo cuando señala que la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia consciente, no puede

⁸⁰⁰ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp.34 y ss.

⁸⁰¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, PG, 1ra. reimpresión, Grijley, Lima, 2006, p.354.

⁸⁰² Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.35.

⁸⁰³ HURTADO POZO, José, PG, Grijley, Lima, 2005, pp. 447-450.

prescindir de parámetros normativos de valoración, lo que implica determinar si el autor se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, tiene que haber sido emitido considerando todos los elementos objetivos y subjetivos del hecho, relevantes para la actitud de dicho autor⁸⁰⁴. Y por esta razón el Colegiado sostiene que el elemento cognoscitivo no resulta suficiente para la diferenciación entre dolo eventual e imprudencia.

Sin embargo, si bien la Sala afirma que el elemento cognoscitivo no es suficiente, tampoco le resta preponderancia. De esta manera, considera que el conocimiento del agente tiene que referirse al riesgo concreto que origina su conducta para la lesión o el peligro del bien jurídico protegido penalmente⁸⁰⁵. A partir de este conocimiento surge el deber de realizar determinadas conductas que controlen dicho riesgo, sea actuando u omitiendo (posición de garantía)⁸⁰⁶. En los delitos dolosos, el legislador castiga procesos dirigidos a afectar bienes jurídicos penalmente protegidos; en cambio, en los delitos culposos se castigan procesos de alto riesgo donde no se han ejercido los cuidados requeridos. Concluye el Colegiado, en el fundamento vigésimo tercero⁸⁰⁷, que en el dolo eventual hay precisamente un proceso de alto riesgo para un bien jurídico en que no se ejercieron los cuidados requeridos. En el dolo eventual existe una mayor gravedad que permite la asimilación al hecho doloso, porque el sujeto tiene la actitud de contar con el riesgo o decidirse por el curso de acción que implica riesgo o decidirse por ese curso de acción que implica ese riesgo para los bienes jurídicos. **En otras palabras, el llamado dolo eventual es un caso especial del delito imprudente con representación, en el que el predominio de los elementos subjetivos es manifiesto**⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ ROXIN, Claus, *La teoría del delito*, Grijley, Lima, 2007, p.190.

⁸⁰⁵ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.36.

⁸⁰⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*. En Cuadernos de Política Criminal, N° 65, Edersa, Madrid, 2002, p.277.

⁸⁰⁷ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.37.

⁸⁰⁸ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.37. Las bastardillas son nuestras.

En el fundamento vigésimo cuarto⁸⁰⁹, la Sala define lo que debe entenderse por culpa consciente, en la cual hay una representación del resultado que conlleva al acto efectuado, pero se suma a ello el criterio del sujeto activo que tal resultado perjudicial, finalmente delictual, no se concretará por una mala valoración de las circunstancias de hecho que podría calificarse como un exceso de confianza, no susceptible de ocurrir si se actuara con un criterio estándar de cuidado y atención. Así para Jakobs la culpa, es denominada también delito imprudente, donde la representación del agente no se corresponde con la realidad, lo cual es una forma de evitabilidad en la que, falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse⁸¹⁰, donde se requiere una relación de causalidad, que la conducta del sujeto activo traspase los límites del riesgo permitido y dicho riesgo jurídicamente desaprobado debe concretizarse en el resultado típico infringiendo un deber de cuidado constituyendo la cognoscibilidad y la previsibilidad, que vienen de los elementos subjetivos del delito imprudente. Siguiendo el razonamiento de la Sala, entiende que en los delitos imprudentes no hay un conocimiento por parte del agente que pueda entenderse como real⁸¹¹, concreto, por el cual entiende que su conducta conlleva un peligro para la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico. El reproche para esta clase de delitos según la Sentencia de Vista rezaría del siguiente modo: **“el deber de no tomar el cuidado necesario para la realización de una determinada actividad”**⁸¹².

En el fundamento vigésimo quinto⁸¹³, luego de descartar la teoría de la probabilidad como óptima para la diferenciación del dolo eventual e imprudencia consciente, propone cuatro criterios, estos son: (I) Un conocimiento de la capacidad concreta de la conducta para generar el resultado típico; (II) La producción del resultado típico debe evaluarse dentro del contexto del aumento del riesgo permitido; (III) Dicho conocimiento no debe implicar una evaluación estadística, por parte del agente de la probabilidad del daño; (IV) Se trata de evaluar la situación concreta y con relación al agente, si su pronóstico concreto lo llevaba a la convicción de que no se produciría el

⁸⁰⁹ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp. 37-38.

⁸¹⁰ JAKOBS, Günther, PG, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 382.

⁸¹¹ DÍAZ PITA, María, El dolo eventual, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p.69.

⁸¹² Bastardillas en el original. Cf. Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.38.

⁸¹³ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp.38-40.

resultado típico. El dolo eventual para la Sala es definido de la siguiente manera: **“el agente considera seriamente la probabilidad de la producción del resultado dañoso- lesión del bien jurídico protegido- advertido por éste, aceptando necesariamente dicha probabilidad como cercana muy probable el resultado con la realización de la conducta peligrosa, per se, o por otra persona”**; y la imprudencia consciente como: **“cuando el sujeto no haya tenido la intención de ocasionar el resultado y viera solamente un peligro mediano o un peligro relativamente mínimo de que se produzca, se admite que ha confiado en un desenlace feliz”**, por tanto **no hay dolo, a no ser que pueda deducirse de los hechos que le era totalmente indiferente la cuestión de si el resultado se iba a producir o no**⁸¹⁴. La Sala señala que la posición dominante tanto en la doctrina nacional como la extranjera, ha estimado que no puede ser suficiente la representación de la alta probabilidad del resultado para la imputación a título de dolo.

En los fundamentos vigésimo sexto y vigésimo séptimo⁸¹⁵, el Colegiado analiza la cuestión de la imputación subjetiva en los delitos de omisión impropia. Señala que el artículo 13° del Código penal establece una cláusula de equiparación para determinar un comportamiento omisivo al comisivo, siendo para ello no solo necesario constatar la causalidad de la omisión, sino la existencia de un deber de evitar el resultado por parte del agente activo frente al bien jurídico protegido, en su posición de garante. En ese sentido, North Carrión estaba en la obligación de actuar en su posición de garante a fin de evitar la producción del resultado dañoso, pues el numeral 2, de la acotada norma penal, cumple la función de advertir, después de establecer la función del deber de garante, que la producción de un resultado a consecuencia de la omisión se corresponda con la producción del mismo, resultado que se realizó por un comportamiento activo y omisivo del agente, en el que se afectó los bienes jurídicos protegidos.

En cuanto a la imputación subjetiva de los delitos de omisión impropia (fundamento vigésimo séptimo), la Sala, señala que solo se debe exigir conocer la situación típica de su deber de actuar frente al riesgo creado en su posición de garante, no siendo exigible la voluntad de la realización en el hecho activo, pues en este tipo de delitos

⁸¹⁴Bastardillas en el original. Cf. Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.39.

⁸¹⁵Cf. Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp.40-41.

generalmente el sujeto activo es consciente del riesgo creado y su deber de actuar, para no producir la lesión del bien jurídico; por el contrario es de evidenciarse que la voluntad del sujeto activo en su actuar omisivo, nos encontraríamos ante un dolo directo, en ese sentido estamos frente a un dolo cognitivo que presenta algunas peculiaridades, esto es que el agente tenga la posición de garante y el conocimiento de la posibilidad de evitar el resultado, no exigiendo la existencia de una decisión (voluntad) de causar una lesión al bien jurídico protegido; por lo que el dolo eventual en los delitos omisivos impropios, puede ser comprobado solo al nivel de conocimiento; que en este sentido bastará que el sujeto activo sea consciente de la situación típica de su conducta que realiza en posición de garante, asimismo, del riesgo creado y de la probabilidad para evitar el resultado lesivo⁸¹⁶.

Una vez establecida la posición de garante de North Carrión derivada de sus deberes de aseguramiento, la Sentencia en su fundamento trigésimo, afirma que son indicadores relevantes del aumento del riesgo, los siguientes: 1) No habilitó la discoteca con suficientes extintores, pese a las recomendaciones; 2) No estableció un plan estratégico de contingencia que le permitiese prevenir incendios; 3) No habilitó luces de seguridad en las puertas de emergencia; 4) No habilitó las bombas contra incendio en el interior del local con las respectivas capacitaciones de los empleados; 5) No habilitó las señalizaciones de emergencia adecuadas; 6) Permitió la manipulación de fuego en la discoteca; 7) El inculpado, permitió que la discoteca tuviera un número mayor de personas a las que pretendía albergar; 8) El inculpado se desistió de continuar con los trámites de Licencia de funcionamiento de la discoteca “Utopía”. En el fundamento trigésimo segundo, que estando circunscritos los comportamientos omisivos, el acusado no pudo evitar el resultado lesivo, porque el curso de su acción no fue dirigido plausiblemente a la evitación de tales resultados, habiendo expresado por el contrario una conducta riesgosa contra el bien jurídico (vida, salud)⁸¹⁷.

En el fundamento trigésimo segundo, la Sala define lo que entiende por dolo; evidenciándose de esta forma un comportamiento indiferente antes y durante la realización de la fiesta “Zoo”, y ante la posibilidad relevante de una afectación a la

⁸¹⁶ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.42.

⁸¹⁷ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp.50-52.

integridad física de los agraviados; lo que constituye un criterio diferenciador del dolo eventual con respecto a la culpa consciente, pues, en el dolo eventual el autor se representa como probable un resultado, pero a causa de su indiferencia llega a realizarlo. Si hubiera tenido North Carrión, convicción, subestimación o confianza, en poder evitar el resultado, los probables daños representados los hubiera concretado en acciones, esfuerzos actuales y permanentes antes y durante la realización de la fiesta “Zoo”, a fin de lograr su evitación, lo que como es de advertirse no ocurrió; pues no basta con una simple subestimación de la posibilidad de producción del siniestro por realizar mínimas medidas de seguridad, sino que estas tuvieron que ser objetivas y serias, en tanto que el riesgo creado era superior a lo permitido; habiendo el procesado con su indiferencia sometido a los concurrentes a una situación altamente peligrosa, que una vez sucedido los hechos no estuvo en la capacidad de controlar. En ese sentido la aceptación del resultado por parte del procesado se da en cuanto prefirió la realización de una conducta peligrosa, antes que la evitación de las lamentables consecuencias; por lo tanto, dicha indiferencia encuadra a la imputación penal, en el marco del dolo eventual⁸¹⁸. Por estos fundamentos se condenó a North Carrión a 13 años de pena privativa de libertad por homicidio doloso, y lesiones graves dolosas⁸¹⁹.

3.1.7.1.- Valoración Crítica:

La inferencia que hace la Sala respecto a que nuestro ordenamiento penal se orienta hacia una concepción del dolo volitivo, no nos parece correcta, ya que de los artículos 11°, 12°, 14°, se puede hacer una interpretación de carácter teleológica normativa, pues como hemos venido sosteniendo bajo el marco de la teoría de las normas, que a su vez se clasifican en normas directivas de conducta (normas primarias) y normas de sanción (normas secundarias), y es precisamente bajo este marco que el Juez o la Sala debe interpretar la ley penal en sentido teleológico y de racionalidad sistemática⁸²⁰. Por ello sostenemos que la norma primaria, sólo puede ser vulnerada por un actuar doloso o imprudente; y por esta razón dolo e imprudencia son propiedades normativas que se derivan de nuestro derecho positivo, en especial de los artículos 11° y 12° del Código

⁸¹⁸ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp.53-54.

⁸¹⁹ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.73.

⁸²⁰ Cf. La parte especial del Código penal.

penal⁸²¹. Tampoco consideramos conveniente identificar al dolo con el conocimiento, a partir de la interpretación del artículo 14°, puesto que el conocimiento a secas no tiene ningún significado en nuestra racionalidad sistemática, el conocimiento siempre tiene que estar referido a otro objeto, estos pueden ser: la entidad del peligro creado (dato físico), o del tipo objetivo (conocimiento nomológico); este último aspecto no hace más que revelar que el dolo (dolo eventual) es una propiedad normativa al igual que la imprudencia. Si bien es cierto, un sector de la doctrina nacional parece inferir el elemento volitivo del artículo 16° de nuestro Código penal, en tanto el agente decidió cometer, sin consumarlo; creemos que ello es propio de una definición que no es propia del dolo eventual, entendido como forma básica de dolo, sino de un dolo cualificado, pudiendo ser este directo (primer grado) o indirecto (segundo grado)⁸²². Sin embargo, la innecesidad del término "decidió" en el artículo 16° ha sido advertida en el Anteproyecto de Código penal del 2004, la tentativa es definida como: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito doloso, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena"⁸²³.

La fundamentación de la Sala se centra en una profusión de términos, tales como: "confía", "cuenta con", "se decide a" se inserta dentro del análisis de las teorías eclécticas⁸²⁴. En estos términos se encuentran rezagos de la teoría del consentimiento, pues para fundamental el concepto de dolo eventual, la Sala hace una interpretación inadecuada del término "decisión", en la que se distancia de una auténtica decisión psíquica por parte de North Carrión, así se puede concluir que al autor se decidió eventualmente a favor de la lesión del bien jurídico. De modo similar la teoría del consentimiento, sostenía que en dichos casos el autor ha querido eventualmente el resultado, o que el resultado era co-querido para el autor⁸²⁵. Por lo tanto la fundamentación de la Sala en este aspecto se basa en teorías de la actitud interna, de fuerte influencia psicologicista, lo cual no hace más que restarle claridad del por qué corresponde imputar por dolo eventual y no imprudencia consciente.

⁸²¹Vid. Supra. Capítulo IV, II.- Toma de postura respecto al concepto de dolo.

⁸²²Sobre el particular, Vid. Supra. Capítulo II, 7.1.- El Código penal de 1991.

⁸²³Cf. El artículo 16° del Anteproyecto de Código penal del 2004, p.33.

⁸²⁴Al respecto. Vid. Supra. Capítulo III, 5.1.- Las teorías eclécticas.

⁸²⁵Vid. Supra. Capítulo III, 3.1.- La teoría de la aprobación o del consentimiento.

Partiendo de premisas erradas, la Sala llega a concluir en el fundamento vigésimo tercero, lo siguiente: ***“En otras palabras, el llamado dolo eventual es un caso especial del delito imprudente con representación, en el que el predominio de los elementos subjetivos es manifiesto”***⁸²⁶. Conclusión que nos parece errada porque no es lo mismo representación, conciencia y conocimiento. Para la representación y la conciencia basta el requisito mínimo de la captación del objeto (bien jurídico penalmente protegido). Pero para el conocimiento, el sujeto conoce un estado de cosas sobre las que se ha formado un juicio. Y en este sentido la doctrina mayoritaria entiende que el conocimiento exige una toma de postura personal respecto del objeto⁸²⁷. Por lo tanto, es erróneo considerar que sólo en el dolo eventual se da una “imprudencia con representación”, pues en ambas categorías tanto en la imprudencia como en el dolo se da la representación, la diferencia estriba en el grado de la misma, dependiendo la toma de postura del agente respecto al objeto (bien jurídicamente protegido); y esta toma de postura se llega a saber a través del contraste de indicadores objetivos, tal como hace con corrección la Sentencia de Vista en el fundamento trigésimo.

Sin embargo, y a pesar de reconocer que la doctrina mayoritaria entiende que la teoría de la probabilidad como inidónea para diferenciar el dolo eventual de la imprudencia consciente, en el fundamento vigésimo quinto recurre a ella, al definir el dolo eventual como: ***“el agente considera seriamente la probabilidad de la producción del resultado dañoso- lesión del bien jurídico protegido- advertido por éste, aceptando necesariamente dicha probabilidad como cercana muy probable el resultado con la realización de la conducta peligrosa, per se, o por otra persona”***; y la imprudencia consciente como: ***“cuando el sujeto no haya tenido la intención de ocasionar el resultado y viera solamente un peligro mediano o un peligro relativamente mínimo de que se produzca, se admite que ha confiado en un desenlace feliz”***, por tanto no hay dolo, a no ser que pueda deducirse de los hechos que le era totalmente indiferente la cuestión de si el resultado se iba a producir o no⁸²⁸. La definición de dolo eventual elaborada por el Colegiado, tiene la debilidad de basarse en una probabilidad subjetiva, la falencia de este planteamiento radica básicamente en lo que el

⁸²⁶ Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.37. Las bastardillas son nuestras.

⁸²⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual...*p.543., Vid. Supra. Capítulo III, 8.1.3.- La tesis de Frisch.

⁸²⁸ Bastardillas en el original. Cf. Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, p.39.

sujeto se representa como probable. La misma es cuestionable porque se prescinde de un baremo objetivo, es decir de un juicio objetivo de probabilidad (probabilidad lógica), pues el autor no es el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro, del que es consciente, de que se realice el tipo, sino que lo es el Derecho⁸²⁹. Más cercana a la definición de dolo e imprudencia que hace la Sala se encuentra la tesis de Stratenwerth⁸³⁰, que acuña el criterio de “tomarse en serio el peligro” este criterio es una actitud interna que permitiría imputar una conducta como dolosa. En cambio, si el sujeto no “toma en serio el peligro” del cual es consciente, actúa a lo sumo con imprudencia⁸³¹. El problema de utilizar el criterio de “tomarse en serio el peligro” es que da demasiada importancia al conocimiento del autor, y en ello estriba uno de sus déficits principales.

Esto parte de considerar la actitud interna como un fenómeno volitivo y subestimar la importancia que tal actitud puede tener en el aspecto cognitivo, pues esa misma actitud puede impedir que el autor enjuicie correctamente la situación o provocar que se reprima un juicio cognitivo serio ya surgido. Un razonamiento a la inversa, no tendría cabida en este criterio, ya que nadie en virtud de un juicio serio y que se haya representado un riesgo, no puede volitivamente, no tomárselo en serio⁸³². Volviendo sobre el final de la argumentación del fundamento vigésimo quinto a acudir a otro criterio distinto como el de la “indiferencia”; que también es un criterio de actitud interna no tiene que ser jurídico penalmente relevante, sino que consiste en tomar en cuenta aquello que no interesa al autor. El criterio de la indiferencia propuesto por Jakobs, quedaría enriquecido mediante pautas rectoras conforme a los cuales ciertas indiferencias resultarían reprochables en un sentido empírico, el reproche que permite calificar una acción como dolosa o imprudente. Si hay indiferencias reprochables no es porque haya indiferencias en sentido normativo como postula Jakobs. Sino que en determinadas circunstancias no es correcto asumir esta actitud. Una actitud interna siempre conformará un dato psíquico. Lo normativo es el criterio a partir del cual se valora dicho dato, y esas pautas provienen del Derecho, es decir conforme a la interpretación normativo-valorativa que se ha hecho de los artículos 11°, 12°, 14° en correspondencia con la Parte especial del Código penal y teniendo como principios

⁸²⁹PUPPE, Ingerborg, *La distinción entre el dolo e imprudencia...*p.82.

⁸³⁰Vid. Supra. Capítulo III, 5.1.2.- La tesis de Stratenwerth.

⁸³¹STRATENWERTH, Günther, PG, Hamurabi, Buenos Aires, 2005, pp.178-179.

⁸³²Vid. Supra. Capítulo III, 5.1.2.- La tesis de Stratenwerth, en especial, Cf. 5.1.3.- Valoración Crítica.

rectores el principio de lesividad del artículo IV del Título Preliminar, y el principio de responsabilidad subjetiva prescrito en el artículo VIII del mismo cuerpo normativo⁸³³.

En los fundamentos vigésimo sexto y vigésimo séptimo, el Colegiado hace un análisis de la imputación subjetiva en los delitos de omisión, la cual nos parece innecesaria, puesto que la imputación subjetiva es idéntica en la acción y en la omisión. El dolo al igual que la imprudencia es uno sólo para la acción y para la omisión, porque normativamente acción y omisión están unificados como comportamientos penalmente relevantes, superadores del riesgo permitido⁸³⁴. Por último, nos parece adecuado el contraste que hace la Sala de los indicadores objetivos en su fundamento trigésimo⁸³⁵.

Sin embargo, uno de los problemas que presenta el uso de indicadores objetivos es que considera al dolo y la imprudencia como disposiciones, cuando en rigor solo se puede predicar tal carácter de los datos empíricos, como por ejemplo: conocimientos, desconocimientos, representaciones, creencias, intenciones, indiferencias, confianzas, y otros datos psíquicos, los que son verificables mediante datos externos y verificados pueden constituir hechos relevantes para la concurrencia de dolo. Pero ni el dolo ni la imprudencia, son una disposición, como un dato empírico o un hecho psíquico, sino que ambos son conceptos normativos, en donde subyacen estándares de la misma entidad, es decir, normativos.

Por estas consideraciones no resulta clara la idea de por qué la Sala identifica todos los indicadores objetivos como pertenecientes al dolo, no se entiende por qué un indicador empírico, esto es un hecho, pertenezca a un concepto; la relación entre un hecho y un concepto sólo puede ser de subsunción y no de implicación, o sea no puede ser de pertenencia. Un concepto de dolo tiene que servir de marco teórico para determinar cuáles son los datos empíricos relevantes⁸³⁶. Por lo tanto, en la Sentencia de Vista no se utiliza un concepto claro de dolo e imprudencia, sino que se acude a términos que corresponden a diversas teorías,

⁸³³Vid. Supra. Capítulo III, 9.1.5.- La tesis de Jakobs en el segundo período, en especial, Cf. 9.1.6.- Valoración Crítica.

⁸³⁴Cf. CARO JHON, José, *“De nuevo sobre el “Caso Utopía”: Lo común de la imputación subjetiva en los delitos de comisión y omisión”*. En Dogmática penal aplicada, Ara, Lima, 2010, p.75.

⁸³⁵ Cf. Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05, pp.50-52.

⁸³⁶Cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual...* pp. 745-814. Desde una perspectiva más amplia y sobre la crítica a la tesis de Hassemer. Vid. Supra. Capítulo III, 11.1.4.- Valoración Crítica.

3.1.8.- Análisis y Valoración Crítica de la Sentencia recaída sobre el proceso de amparo N°1237-2013, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 2 de julio del 2013

Esta demanda de amparo fue promovida por los familiares de las víctimas del incendio de la discoteca “Utopía”.

El tema que nos interesa y es materia de decisión del presente proceso de amparo, es sobre la si las disposiciones fiscales deben estar motivadas o no, al respecto la Sala afirma: que respecto a la disposición del Fiscal Provincial, en sus considerandos segundo al sétimo, realiza una descripción de la calidad de directores que ostentaban Azizolahoff y Paz Ravines en la empresa propietaria de la discoteca Utopía, para luego ingresar a analizar si en su calidad de garantes de la vida de los asistentes al mencionado local de diversión y si, con conocimiento, habrían omitido cumplir el deber especial de cuidado de la vida de los asistentes de la denominada fiesta “Zoo” en la discoteca Utopía, permitiendo la realización de la misma cuando no se reunían las condiciones mínimas de seguridad contra incendio.

Asimismo en el considerando octavo, el Fiscal concluye que “no resulta suficiente para determinar que tanto Azizolahoff y Paz Ravines, en la práctica conducían la discoteca Utopía o que legalmente estuvieran obligados a hacerlo”⁸³⁷, y que en autos “no obra ningún elemento de juicio objetivo que corrobore las imputaciones que han sido planteadas por la parte denunciante en el sentido de que estos tuvieron el efectivo manejo administrativo de dicha discoteca, lo que a su vez los haría responsables para evitar el resultado perjudicial (el lamentable fallecimiento de 29 víctimas). En ese escenario, entender que a los denunciados les alcanza responsabilidad penal por el solo hecho de haber sido directores de la empresa propietaria de la discoteca sería atribuirles una responsabilidad objetiva”⁸³⁸, la cual se encuentra proscrita por el artículo VII del Título Preliminar del Código penal...”

⁸³⁷Resolución del 2 de julio del 2013, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, p.16.

⁸³⁸Resolución del 2 de julio del 2013, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, p.17.

El sustento del Fiscal para no formalizar denuncia penal se ubica en un presupuesto inexistente procesalmente, pues se remite a valorar elementos de la responsabilidad penal de la persona sometida a investigación, y para no formalizar denuncia alega “no se ha acreditado la responsabilidad penal” y que de hacerlo incurriría en responsabilidad objetiva, la misma que esta proscrita en nuestro ordenamiento jurídico. El representante del Ministerio Público confunde los presupuestos procesales para formular denuncia con los exigidos para formular acusación. Para denunciar solamente se exige según el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, indicios suficientes que vinculen al denunciado con los hechos. No exige que este acreditada la responsabilidad penal. Con el criterio empleado por la Fiscalía sólo denunciaría penalmente ante un Juez, cuando está acreditada la responsabilidad penal, la misma que se da cuando ya se ha agotado la etapa de instrucción o investigación preliminar.

Ninguna teoría sobre el proceso penal, aceptaría esta tesis por contravenir el principio que toda investigación fiscal, debe realizarse bajo el control de un Juez. Esta situación se agrava en razón que el Ministerio Público, había emitido una denuncia fiscal, así como una acusación fiscal solicitando pena y reparación civil, e incluso se pronunció en dos instancias (como Fiscal Provincial y Fiscal Superior) por la improcedencia de la excepción de naturaleza de acción que presentó la defensa al considerar que el hecho no constituye delito.

Esta incongruencia de comportamiento a través de dictámenes contiene en su esencia las causales de nulidad previstas expresamente en el artículo 50° inciso 6 del Código Procesal Civil norma de aplicación supletoria en este caso, cuando establece como deber de los jueces dentro del proceso: “fundamentar autos y las sentencias bajo sanción de nulidad respetando el principio de jerarquía de las normas y el de **congruencia**”⁸³⁹.

La disposición de la Fiscalía Superior al pronunciarse en la Queja de Derecho incurre en la misma deficiencia de justificación externa de la argumentación contenida en su Dictamen, incurriendo también en la omisión de explicar y justificar respecto a la incongruencia de su proceder cuando anteriormente la Fiscalía Superior se había

⁸³⁹Resolución del 2 de julio del 2013, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, p.17., subrayado en el original.

pronunciado ordenando se formule acusación y pronunciado como la Fiscalía Superior por la improcedencia de la excepción de naturaleza de acción que, como se ha dicho por resolución judicial expedida por la Sala Superior Penal que confirmó la denegatoria de la excepción de naturaleza de acción ya había adquirido la calidad de firme.

En el presente caso nos encontramos frente a una falta de motivación externa, así como de sustancial incongruencia, pues los señores representantes del Ministerio Público demandados, al momento de sustentar su disposición fiscal, de no formular denuncia penal, no explican el por qué existiendo razones que antes llevaron a sostener una denuncia fiscal, y producto de la instrucción concluida, decide acusar solicitando pena, por estos mismos hechos y contra las mismas personas, optan por tomar una actitud procesal de no formular denuncia, sin explicar al momento de redactar y construir su argumentación en su disposición fiscal, el por qué ya no eran válidos sus argumentos persecutorios antes explicitados. Es por ello que deviene en amparable la pretensión constitucional de los recurrentes, pues la forma en como han procedido los Fiscales (provincial y superior) se ha violentado el debido proceso⁸⁴⁰. Por estos fundamentos se declara nula la Disposición Fiscal Provincial de fecha trece de mayo del dos mil ocho expedida por la Trigésima Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima y ordena al 21° Juzgado Penal de Lima proseguir con la causa en contra de Azizolahoff y Paz Ravines por homicidio culposo agravado por omisión impropia⁸⁴¹.

3.1.8.1.- Valoración Crítica:

La fundamentación de la Sentencia recaída sobre el proceso de amparo N°1237-2013, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 2 de julio del 2013, nos parece ajustada a Derecho. Ello porque determina la existencia de la posición de garantes de Azizolahoff y Paz Ravines, dado que los representantes del Ministerio Público y del Poder Judicial habían optado por archivar el caso, y en donde se encontraban enfrentadas dos posiciones: por una parte declarar la responsabilidad penal de los directores de la empresa o la absoluta

⁸⁴⁰ Resolución del 2 de julio del 2013, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, p.18.

⁸⁴¹ Resolución del 2 de julio del 2013, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, pp.19-20.

irresponsabilidad penal de los mismos, en función de la determinación de dicha posición⁸⁴². En efecto el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales son requisitos para la calificación de la denuncia y para la apertura de la instrucción penal: a) la determinación de una causa probable, es decir, la existencia de elementos reveladores de la comisión de un delito, que constituyen una justificación mínima para el inicio de la investigación jurisdiccional; y b) la determinación del concreto juicio de imputación, es decir, la subsunción de un hecho en un tipo penal específico⁸⁴³.

En el mismo sentido, San Martín Castro, en relación a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el Fiscal al concluir la investigación previa al proceso penal, sostiene que: “(...) no se requiere que exista una convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y la vinculación delictiva del imputado o imputados”⁸⁴⁴. Estos argumentos cobran importancia debido a que la motivación de los representantes del Ministerio Público ha sido insuficiente o aparente, incluso prejuzgando al usar el término responsabilidad porque a nuestro parecer tiene connotaciones que se vinculan con la culpabilidad (reproche individual); como mal hace la Fiscal Provincial al usar el término responsabilidad penal está prejuzgando unos hechos que serán objeto de discusión en otra etapa del proceso; vulnerando de esta forma la garantía de la cosa juzgada, pues los entes administrativos les está reservada la cosa decidida.

Obviamente la reprochabilidad objetiva de los imputados dependerá si ellos estuvieron en la capacidad de prever objetivamente el siniestro (dolo) o si por el contrario es capacidad de previsión objetiva fue atenuada debido a que no tuvieron una participación directa en la organización de la fiesta “Zoo” (imprudencia) en la discoteca propiedad de su grupo empresarial, y quizás cabría una tercera hipótesis que consistiría en que ellos tuvieron conocimiento que se realizaría tal espectáculo, sin embargo deliberadamente

⁸⁴² Amicus Curiae presentado por la Defensoría del Pueblo a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del 22 de abril del 2009, p.6.

⁸⁴³ Amicus Curiae presentado por la Defensoría del Pueblo a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del 22 de abril del 2009, p.8.

⁸⁴⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Segunda Edición, Grijley, Lima, 2003, p.470.

decidieron ignorar las consecuencias que este podría acarrear.(casos de ceguera ante los hechos o de ignorancia deliberada)⁸⁴⁵.

3.1.9.- Nuestra posición

Para nuestra toma de postura vamos a tomar en cuenta el método operacional⁸⁴⁶ desarrollado, para conformar nuestra hipótesis de relevancia o también de probabilidad, habíamos conformado dos reglas de relevancia, la primera establece que para que un dato empírico, psíquico o físico pueda influir en el grado de previsibilidad objetiva del apartamiento del apartamiento de una norma directiva de conducta, es necesario considerarlo idóneo. Así por ejemplo, la entidad del peligro inherente a la acción de un sujeto o el peligro que este genere, son datos empíricos que pueden llegar a influir para determinar si el apartamiento de la norma de comportamiento fue privilegiada o atenuada; la segunda regla de relevancia establece que si un estado mental es racional según el contexto del caso en concreto entonces debe tomarse en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad en la que se funda el reproche doloso e imprudente. Si, por el contrario, el estado mental no es racional, entonces él es irrelevante y no deberá ser tenido en cuenta en la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad.

Ahora bien, según este esquema con qué datos contamos para formular la hipótesis de probabilidad que decida el carácter doloso o imprudente de la acción emprendida por el sujeto.

Contamos con el dato físico de la muy elevada entidad del peligro inherente a la acción/omisión del sujeto, este dato es apto para conformar nuestra hipótesis de relevancia o probabilidad. El dato psíquico de la falta de representación del siniestro, es decir, de la posibilidad de que el incendio (resultado) se materialice, pero teniendo el sujeto la previsibilidad objetiva de evitar el resultado de forma privilegiada (pues sabía que la discoteca no contaba con las medidas de seguridad mínimas, por ejemplo

⁸⁴⁵ Acerca de los supuestos de ignorancia deliberada. Cf. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “La responsabilidad penal del testafierro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles”, en *La imputación subjetiva*, AA.VV., Ara, Lima, 2012, pp.165-172. Vid. supra. Capítulo III, 9.1.9- La tesis de Pérez Barberá. Valoración Global.

⁸⁴⁶ Vid. supra., 2.2

extintores); lo cual constituye un caso grave de ignorancia deliberada; el sujeto deliberadamente omitió sus deberes de aseguramiento y por esta razón no tuvo la oportunidad de conjurar el peligro creado⁸⁴⁷, pese a la amenaza objetiva de *poena naturalis*. Esta previsibilidad objetiva-privilegiada de conjurar el peligro creado, y la entidad (alta-aumento del riesgo) del peligro generado deben ser consideradas como datos relevantes para la conformación de nuestra hipótesis de probabilidad. La amenaza objetiva de *poena naturalis* del sujeto (de poner en riesgo su patrimonio) frente a la magnitud del peligro creado, aparece como una manifestación objetivamente extravagante, por tanto irrelevante para la conformación de nuestra hipótesis. Nuestra hipótesis de probabilidad queda conformada por dos datos: por un lado la alta entidad del peligro creado, y por el otro por la previsibilidad objetiva privilegiada que tuvo el sujeto al omitir sus deberes de aseguramiento, de tal forma que no pudo conjurar la alta entidad del peligro creado.

En síntesis: La previsibilidad objetiva del resultado de incendio, al momento de la acción/omisión (pues no se contaba con las medidas mínimas de seguridad contra incendios), era objetivamente privilegiada, y lo mismo es extensible para los resultados de muerte; por lo tanto en el caso concreto concurre dolo. (dolo eventual)

⁸⁴⁷Cf. PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p.150.

Conclusiones

1. Dolo e imprudencia comparten la misma estructura normativa, por esta razón no es posible hacer una distinción cualitativa sino de grado.
2. Al decir que el dolo y la imprudencia comparten la misma estructura normativa, nos referimos a la teoría de las normas, toda norma directiva de conducta está dirigida a un ciudadano con conocimientos estandarizados, sin embargo para evitar el apartamiento de las normas de comportamiento son necesarias las normas de sanción, cuya naturaleza y aplicación corresponden al Juzgador al determinar el reproche individual del eventual sujeto infractor. Antecede a estas operaciones intrasistemáticas, la noción que entre norma de comportamiento (norma primaria) y norma de sanción (norma secundaria), existe una relación normativa que comunica intersubjetivamente, de allí se puede inferir, que la norma comunica.
3. El objeto de la norma directiva de conducta (imperativo) es el dolo y la imprudencia.
4. De acuerdo a nuestro marco teórico, el dolo no tiene porqué identificarse con el conocimiento y la voluntad; imprudencia tampoco es ausencia de conocimiento y voluntad. Por lo tanto el dolo no es una entidad preexistente sino que es una propiedad normativa, en función de él se subsumen hechos y no es el dolo el que se subsume a hechos. Siendo una propiedad normativa, no se debe identificar al dolo con actitudes internas, ni con hechos psíquicos, ni con representaciones, creencias, ni intenciones.
5. Dolo e imprudencia desde el punto de vista semántico quedan definidos, de la siguiente manera: dolo es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva *ex ante* pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta; imprudencia es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva *ex ante* pudo prever objetivamente de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de conducta.

6. El reproche objetivo del dolo y la imprudencia se funda en la probabilidad lógica, acerca del grado objetivo de previsibilidad del apartamiento de una norma directiva de conducta y si esta fue privilegiada o atenuada, de allí, la diferencia de grado entre ambos conceptos, de *plus-minus*.
7. El método operacional utilizado en el presente trabajo de investigación, es de utilidad para definir los datos empíricos, que son a su vez hechos disposicionales y no observables. Para ello se ha utilizado la probabilidad lógica para crear una hipótesis de relevancia y dos reglas según las cuales los datos empíricos podrían ser contrastados, este método es utilizado implícitamente por nuestros Juzgados y Salas.
8. Sobre la racionalidad o irracionalidad de un conocimiento, sostenemos que la racionalidad viene dada por el propio sistema normativo. Por ser un criterio objetivo, esto es establecido desde el mismo Derecho, se debe tratar de una relación intersubjetivamente orientada a relaciones cognitivas objetivamente justificadas, es decir, racionales. Y para que esta relación opere dentro del sistema, el conocimiento de un sujeto será racional, siempre y cuando se oriente de modo nomológico (normas directivas de conducta) y ontológico (de la realidad). Si al conocimiento del sujeto le faltase cualquiera de los dos incurrirá en un error de tipo o de prohibición según sea el caso; inclusive en un error sobre elementos normativos del tipo; si en cambio el conocimiento del sujeto no tiene una base ni nomológica ni ontológica entonces se reputará como irracional. Las orientaciones cognitivas objetivamente justificadas son motivadas a través de las normas de sanción.
9. Sólo los conocimientos racionales son tenidos en cuenta para el reproche doloso. Por ello se niega el dolo aunque haya intención de realizar el peligro inherente a la acción, e incluso si el riesgo representado coincida con el que se realiza (negación de dolo en consumación objetivamente inesperada). El tratamiento de ciertos casos de ceguera ante los hechos o de ignorancia deliberada, donde el sujeto no se representó el peligro, pese a haber generado un peligro de una entidad considerable, fundamenta el dolo, pues la falta de representación es equiparada con un conocimiento irracional.

10. Los conocimientos no se atribuyen sino que se prueban en el marco de un proceso penal, en tanto estos son datos disposicionales, no fácilmente observables; y corresponden probarlos en el proceso, porque son la base empírica del concepto de dolo.
11. Por mandato del artículo 16 del Código penal para la tentativa punible no es suficiente el “dolo básico” o “dolo eventual”, si se requiere de más elementos cognitivos o volitivos, entonces se tratará de un dolo cualificado, sea de primer o segundo grado; ya que entre los límites de la presente investigación sólo se ha definido el dolo eventual, el cual entendemos como la forma básica de dolo.



BIBLIOGRAFÍA

Anteproyecto de Ley del Código penal del 2004.

ARMAZA GALDOS, Julio, *Elementos negativos del delito*, 1ra edición, Jurista, Lima, 2002.

ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto de Derecho penal peruano. Tomo II., Criminalistas del siglo XIX*, Editorial Pangea, Arequipa, Segunda edición, mayo del 2013.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte General*, ARA, Lima, 2004.

BACIGALUPO, Enrique, *Problemas actuales del dolo*, en L-H a Rodríguez Mourullo, Civitas, Madrid, 2005.

BASADRE GROHMANN, Jorge, *Historia de la República del Perú*, quinta edición, Editorial Perú América S.A., vol. III, Lima, 1964.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas*, Tomos I y II, Ara, Lima, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Política criminal y dolo Eventual*, en *Obras completas*, Tomo II, Ara, Lima, 2004.

CARO JOHN, José Antonio, *Imputación subjetiva*, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nro. 7, 2006.

CARO JHON, José, El “Caso Utopía”: *Lo insignificante del casualismo y del psicologismo para la imputación normativa del tipo objetivo y tipo subjetivo*, en *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010.

CARO JHON, José, *De nuevo sobre el “Caso utopía”: Lo común de la imputación subjetiva en los delitos de comisión y omisión*, en *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. PG.* 3ra edición, Tecnos, Madrid, 1990.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente*, PPU, Barcelona, 1989.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *En el límite entre el dolo eventual y la imprudencia consciente*, ADPCP, 1985.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La ley, Madrid, 2008.

DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Dirección de Investigación del Cuerpo General de Bomberos, *Resultado del análisis de las pruebas*, agosto, 2002.

ECO, Umberto, *Semiotics and the philosophy of language*, Indiana University Press, Indiana, 1986.

ENGISCH, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, 1931, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2008.

FRANK, Reinhart, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, B de F, 2da edición, Buenos Aires, 2004.

FEIJÓO, Bernardo, *El dolo eventual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. Andrés Ibañez, 2da. Edición, Trotta, Madrid, 1997.

FRISCH, Wolfgang, *El error como causa de exclusión del injusto de la culpabilidad*, pp.39 y ss. En *El error en Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

FRISCH, Wolfgang, *Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado*, 2001, pp.355-381. en *Causalidad, riesgo e imputación*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FRISTER, Helmut, *La imputación objetiva*, 2007, en *Causalidad, riesgo e imputación*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.

GARCÍA CALDERÓN, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, segunda edición, Librería de Laroque, París, 1879; recientemente reeditado por Grijley, Lima, 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La prueba indiciaria*, Ara, Lima, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La imputación subjetiva*, en *Imputación Subjetiva*, AA.VV., Ara, Lima, 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Acerca del dolo eventual*, en *Estudios de Derecho penal*, 3ra edición, Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho penal en la actualidad en Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado*, en *Estudios de Derecho penal*, 3ra edición, Tecnos, Madrid, 1999.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho pena*, trad. de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1982.

HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, ADPCP, 1990.

HEREDIA, Ricardo, *Lecciones de Derecho penal filosófico*, Dictadas en la Universidad de San Marcos, Imprenta Calle del padre Jerónimo núm. 94, Lima, 1884.

HIRSCH, Hans, *Acerca de la teoría de la imputación objetiva*, en *Obras Completas*, T, I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim, *Peligro y Peligrosidad*, en *Obras Completas*, T, I, Rubinzal Colzoni, Buenos Aires, 1998.

HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, *Obras Completas*, T, I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.

HONIG, Richard, *Causalidad e imputación objetiva*, trad. Marcelo Sancinetti, 1930, En *Causalidad, riesgo e imputación*, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.

HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2009. En especial, *Sobre la difícil prueba del dolo*.

HRUSCHKA, Joachim, *¿Realmente es “limitada” la teoría “limitada” de la culpabilidad?* pp. 128-143 en *Imputación y Derecho Penal*. Estudios sobre la teoría de la imputación. THOMSON-ARANZADI, MADRID.2005.

HURTADO POZO, José, *La ley importada, Recepción del Derecho penal en el Perú*, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, Lima, 1979.

HURTADO POZO, José, *Derecho penal, Parte General*, 3ra edición, Grijley, Lima, 2005.

Informe parcial de la Comisión Multipartidaria encargada de investigar las circunstancias que produjeron el siniestro en las instalaciones de la “Discoteca Utopía”.

JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *Dolus malus*, INDRET, Barcelona, octubre, 2009

JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal*, 1987, en *Causalidad, riesgo e imputación*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.

JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Civitas, Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Editorial COMARES. GRANADA, 2002.

KARGL, Walter, *¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopoietico*, en *Teoría de sistemas*, AA.VV, ARA, Lima, 2007.

KAUFMANN, Armin, *El dolo eventual en la estructura del delito*. Trad. Suárez Montes, ADPCP, 1960.

- KINDHÄUSER, Urs, *La lógica de la construcción del delito*, Trad. Juan Pablo Mañalich, Taller de ciencias penales de UNMSM, Setiembre, 2009.
- KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la Teoría de la Imputación Objetiva y Función del tipo subjetivo*. GRIJLEY. Lima 2007.
- KÖHLER, Michael, *La imputación subjetiva: Estado de la cuestión en Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- LUZÓN PEÑA, Diego, *Curso de Derecho penal*. PG, Universitas, Madrid, 1999.
- MAURACH-ZIPF, *Derecho penal. Parte General*. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MAZUELOS COELLO, Julio, *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*, en Anuario de Derecho penal 2003, Monográfico sobre aspectos fundamentales de la Parte general del Código penal peruano, Lima, 2003.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Tecnos, Madrid, 1992.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte General*, B de F, Séptima edición, Buenos Aires, 2005.
- MIR PUIG, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Segunda edición, Bosch, Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, Santiago, *Adiciones de derecho español al Tratado de Derecho penal de JESCHECK*, Bosch, Barcelona, 1981.
- MIR PUIG, Santiago, *La perspectiva ex ante en Derecho penal*, ADPCP, 1985.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- MÜLLER, Max Ludwig, *La significación de la relación causal en el Derecho penal y en la reparación de daños*, 1912, trad. Marcelo Sancinetti, en *Causalidad, riesgo e imputación*, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *EL error en derecho penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- NUÑEZ, Estuardo, *La influencia alemana en el Derecho peruano*, Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, 1937.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010.

PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl, Derecho penal, Parte General, tercera edición, Idemsa, Lima, 2011.

PHILIPPS, Lothar, *Teoría de las Normas*, en *El pensamiento jurídico penal contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Relación entre algunas tendencias de la filosofía y la sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso de Habermas en la selección de valores penales*, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, L-H, a José Cerezo Mir, primera edición, reimpresión, Tecnos, Madrid, 2003

PUPPE, *La distinción entre el dolo e imprudencia*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010.

PUPPE, El resultado y su explicación causal, INDRET, Octubre, 2008.

PUPPE, Ingerborg, *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*, en *El error en el Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Revisiones del dolo y regreso de la responsabilidad objetiva*, en *Imputación subjetiva*, Ara, Lima, 2012,

RAGUES I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, en, *Imputación subjetiva*, Ara, Lima, 2012

Resolución del 21 de noviembre del 2006, emitida por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05

Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008.

Resolución del 22 de noviembre del 2011, emitida por la Tercera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 43-05.

Resolución del 2 de julio del 2013, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1991.

RÓDRIGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*, segunda edición, Grijley, Lima, 2013.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

ROJAS VARGAS, Fidel, *El delito, preparación, tentativa y consumación*, Idemsa, Lima, 2009.

ROMEO CASABONA, Carlos, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado*, en *Revista peruana de ciencias penales*, N°12, Lima, 2002,

- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado*, Adrus, vol. I, Arequipa, 2004.
- ROXIN, Claus, Derecho penal, Parte General, trad. Diego Luzón Peña, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976.
- RUEDA MARTIN, María, *La teoría de la imputación del resultado en el delito doloso de acción*, Bosch, Barcelona, 2001.
- SAMSON, Erich, *Imputación del resultado y riesgo. Interrogatorio crítico a la teoría de la imputación objetiva*, 2002, en Causalidad, riesgo e imputación, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.
- SANCINETTI, Marcelo, *¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos?*, 2008, en Causalidad, riesgo e imputación, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.
- SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, reimpresión, Hamurabi, Buenos Aires, 2001.
- SANCINETTI, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal*. Parte general, 3ra ed., Hamurabi, Buenos Aires, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *La culpabilidad. Estado de la cuestión*, en *Sobre el estado actual de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
- SENISSE ANAMPA, Carlos Alberto, *Entre el dolo eventual y la culpa consciente. A propósito del Caso Utopía*, en Gaceta penal y Procesal penal, Tomo 50, Gaceta Jurídica, Tomo 50, agosto, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad*, en Estudios de Derecho penal, Grijley, Lima, 2000.
- SILVA SANTISTEBAN, José, *Curso de Derecho penal*, Tipografía del autor, 1863.
- STRATENWERTH, Günther, *Parte General*, Trad. Manuel Cancio Meliá/ Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2005
- VILLA STEIN, Javier, Parte General, tercera edición, Grijley, Lima, 2008
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho penal, Parte General, 3ra reimpresión, Grijley, Lima, 2009.
- WELZEL, Hans, *¿Un malentendido sin solución?*, en *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2004.
- Welzel, Hans, *El nuevo sistema de Derecho Penal*, trad. Cerezo Mir, Barcelona, 1964.

WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, B de F, Buenos Aires, 2004.

WELZEL, Hans, *La doctrina de la acción finalista hoy*, en *Estudios de Filosofía del derecho y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2da edición, 2004.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, Parte General*, trad. de la sexta edición alemana de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones Filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Critica, Barcelona, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988.

ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal, Parte General*, 2da edición, Temis-Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Hamurabi, Buenos Aires, 2007.

ZILESINKY, *Dolo e imprudencia*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2003

- *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 1990.